TOWARDS RESOLVING THE DIVISION OF ON-RESERVE MATRIMONIAL REAL PROPERTY FOLLOWING RELATIONSHIP BREAKDOWN:

A REVIEW OF TRIBUNAL, OMBUDS AND ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION MECHANISMS

by
Jo-Ann E.C. Greene

for
Indian and Northern Affairs Canada
Women's Issues & Gender Equality Directorate
(819) 953-9857

May, 2003

This paper was prepared under a contract between the Department of Indian Affairs and Northern Development and the consultant, Jo-Ann E.C. Greene. The views expressed in this paper are those of the author and do not necessarily reflect the views of the Department.

Published under the authority of the
Minister of Indian Affairs and Northern Development
Ottawa, 2003
www.ainc-inac.gc.ca
1-800-567-9604
TTY only 1-886-553-0554

QS-7048-000-EE-A1
Catalogue No. R2-270/2003E
ISBN 0-662-34876-1

© Minister of Public Works and Government
Services Canada

Cette publication peut aussi être obtenue
en français sous le titre : *Recherche d'une solution au problème du partage des biens immobiliers matrimoniaux situés dans une réserve après une rupture conjugale*

Table of Contents

Introduction 1

Tribunals 1
- Introduction to Tribunals 1
- Tribunal Examples 2
  - Canada 2
    - Indian Claims Commission 2
    - Canadian Human Rights Commission and Tribunal 4
  - Australia 7
    - Australian National Native Title Tribunal 7
  - New Zealand 8
    - Waitangi Tribunal 9
    - Maori Land Court 11
- Additional Comments on Tribunals 14

Ombuds Processes 15
- Introduction to Ombuds Processes 15
  - Canada 17
  - New Zealand 18
- Additional Comments on Ombuds Processes 20

Alternative Dispute Resolution (ADR) 22
- Negotiation 22
  - Canada 24
    - Ridgewood Foundation for Community-Based Conflict Resolution (Int'l) . . 24
- Mediation 26
- Hybrid Processes 27
  - Canada 27
    - Legislated Hybrids 27
    - Ontario Courts Case Management 28

Adjudicative Processes 31
- Arbitration 31
  - Canada 32
    - Treaty Four Governance Institute 32
- Policing and Exclusive Possession of the Family Home 35
  - Response to Domestic Violence 35
  - Role of Aboriginal Policing in ADR Enforcement 37
  - Restorative Justice 37
- Aboriginal Courts in Canada 38
  - Saskatchewan Cree Court 39
  - Tsuu T'ina Nation Peacemaking 39
  - Gladue (Aboriginal Persons) Court 40

Conclusion 41

TOWARDS RESOLVING THE DIVISION OF ON-RESERVE MATRIMONIAL REAL PROPERTY FOLLOWING RELATIONSHIP BREAKDOWN:

A REVIEW OF TRIBUNAL, OMBUDS, AND ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION MECHANISMS

Introduction

Courts in Canada have ruled that provincial laws about equal division of matrimonial real property do not apply to First Nations women and men because the *Indian Act*[1], and not provincial law, governs real property on reserves. Since the *Indian Act* does not deal with the issue of matrimonial property, this means that "most of the legal rights and remedies found in Canadian laws relating to the matrimonial home which apply off-reserve, are not available to people living on a reserve."[2]

The author was contracted by the Women's Issues and Gender Equality Directorate of Indian and Northern Affairs Canada to research and review alternative dispute resolution (ADR) mechanisms, enforcement and appeal. The aim of this paper is to provide information on and evaluation of these ADR mechanisms' positive and negative attributes, with reference where appropriate, to their potential application or adaptation to the context of the resolution of division of matrimonial real property on reserves on relationship breakdown. This paper therefore presents and reviews relevant tribunals, ombuds, and alternative dispute resolution practices of negotiation, mediation and hybrid processes, before briefly considering corollary matters to the division of real property, including policing and exclusive possession of the home, and, Aboriginal courts. Where useful, mechanisms examined include those practised in Australia and New Zealand.

Tribunals

Introduction to Tribunals

The *Canadian Law Dictionary* defines "tribunal" as "[a]n officer or body having authority to adjudicate judicial or quasi-judicial matters."[3] Tribunals are established by federal parliament or provincial/territorial legislatures through enabling legislation in order to provide an alternative to the court system for the resolution of specific issues. The enabling legislation identifies the tribunal's power to adjudicate and make decisions

---

[1] *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5 [*Indian Act*].

[2] Indian and Northern Affairs Canada, *After Marriage Breakdown: Information on the On-Reserve Matrimonial Home* (Ottawa: Indian and Northern Affairs Canada, 2003) at 1. For comprehensive detail about on-reserve matrimonial real property legal issues, see especially W. Cornet & A. Lendor, *Discussion Paper: Matrimonial Real Property on Reserve* (Ottawa: Department of Indian Affairs and Northern Development, 2002) [Cornet]

[3] *Canadian Law Dictionary*, 4th ed., *s.v.* "tribunal".

on a particular matter. It usually provides direction on process and procedure, as well as defining the extent and limitations of the tribunal's jurisdiction, its enforcement capacity, and appeal steps, if any. If the desired result is to legally bind the parties to the tribunal's decision, the enabling legislation must designate that capability. The failure of a tribunal to operate within its particular legislated subject area creates an error in law and the decision or action taken by the tribunal may subsequently be quashed or reversed on appeal to a court of competent jurisdiction.

According to Peter Showler, Chairperson of the Immigration and Refugee Board, tribunals are not homogeneous: There are at least 1,500 tribunals in Canada in a spectrum of bodies from quasi-judicial to regulatory, dealing with government policy or performing administrative functions.[4] Canadian courts have ruled that tribunals must function within the principles of natural justice and procedural fairness. Tribunals, forming what is sometimes referred to as the administrative justice system, commonly differ from courts by having simplified and more informal procedures, no formal record kept by transcript, and decisions rendered without written reasons. Not all tribunals will necessarily require a hearing or submissions for arguing positions; for example, in some jurisdictions, the application for a liquor licence is decided by an administrative tribunal. A tribunal may be a one-person or several member panel. The absence of bias and the presence of independence from government and other outside influence are important elements for the fair operating of a tribunal.

As indicated in the Introduction to this paper, the courts have found that division of matrimonial real property on reserve on the breakdown of a relationship falls into federal jurisdiction. This means that the current legislative gap on this subject could be closed through federal legislation creating a relevant administrative tribunal to deal with these issues. If such enabling legislation provided for court appeal of the tribunal's decision, it would then fall within the jurisdiction of the Federal Court of Canada.

Tribunal Examples

Canada

Indian Claims Commission

The Indian Claims Commission (ICC) was created by a 1991 order-in-council as an interim alternative to court for the resolution of rejected specific claims. The ICC is a commission of inquiry, enacted under Part I of the *Inquiries Act*[5] and as such, after inquiring into the reasons for the First Nation's rejected claim, may only make recommendations. The ICC panel reviews all of the evidence available in order to

---

[4] Peter Showler, "Tribunal Management In Search of Nimbleness" (Paper presented to the 18th Annual Canadian Council of Administrative Tribunals Conference, Ottawa, June 3, 2002) [unpublished, co-authored by L. Disenhouse], online: Canadian Council of Administrative Tribunals <http:// www.ccat-ctac.org/en/conferences/docs/2002_showler.pdf>.

[5] *Inquiries Act*, R.S.C. 1985, c. I-11.

determine if Canada has an outstanding lawful obligation to the claimant as defined in Canada's specific claims policy.[6]

The ICC is included in this section because it functions similarly to a tribunal, and has gathered valuable information over its more than ten years of existence on what a permanent independent specific claims body should look like.[7] The ICC's recommendations may be pertinent when considering a tribunal as an option for the resolution of the division of on-reserve matrimonial real property.

The main ICC recommendation is that the specific claims body be able to function as a decision-maker and that their decisions be binding on the parties[8]. A further recommendation for such a permanent body is independence from outside influence.[9] Other recommendations specifically related to the ICC include:

a) A mandate to make findings of fact and to make awards in regard to all claims, [...].
b) A mandate to provide alternative dispute-resolution mechanisms such as negotiation, mediation, and conciliation, along with the authority to set time frames within these mechanisms.
c) Authorization to dispense with the strict rules of legal evidence and procedures when it conducts hearings. This flexibility will allow for a bicultural approach.
d) The Commission should be a national body with strong regional representation, to mirror the different First Nations across the country.
e) Sufficient Commissioners should be appointed to allow for more than one hearing at a time. Each Commissioner should be designated to a specific region.
f) Commissioners must be knowledgeable in the field of land claims and its related aspects. They should be appointed by both the federal government and the First Nations on an equal basis.
g) The Commission must be given sufficient funds and resources to carry out its mandate and to provide financial resources to the claimants.
h) The Commission must take an active role in the alternative dispute resolution forums.

---

[6] Canada, *Outstanding Business: A Native Claims Policy: Specific Claims* (Ottawa: Indian and Northern Affairs Canada, 1982).

[7] Originally introduced by Robert Nault, Minister of Indian and Northern Affairs Canada on 13 June 2002 in the 1st Session of the 37th Parliament as Bill C-60, and currently on the 2nd Session Order Paper as Bill C-6, once enacted, *The Specific Claims Resolution Act* will establish the Canadian Centre for the Independent Resolution of First Nations Specific Claims as a permanent body.

[8] D. Bellegarde & P.E. Prentice, "Human Rights, Justice, and The Need For An Independent Claims Body in Canada" (Brief presented to the House of Commons Standing Committee on Aboriginal Affairs on 29 May 2001) at 4 [unpublished].

[9] *Ibid.* at 12.

l) There should be an avenue of appeal to superior courts based on the same criteria as an appeal from an administrative law tribunal.[10]

The above-cited recommendations provide a summary of the missing elements in the current ICC process. Although tailored for the resolution of specific claims, they hold merit for consideration in the establishment of a tribunal that would deal with on-reserve matrimonial real property.

A unique step in the ICC inquiry process is the Community Session. The Community Session is an oral evidence gathering session which brings the ICC and the inquiry parties into the First Nation community. The Commission panel that is making the determination on the existence of an outstanding lawful obligation hears the oral evidence of elders and community members and a transcript of the session becomes part of the record. The premise for the Community Session is to provide a relaxed informal setting for the First Nation members who share information concerning their specific claim; cross-examination does not take place. Another benefit of the Community Session in a land-related claim is that the panel can actually look at its physical location.

Canadian Human Rights Commission and Tribunal

The *Canadian Human Rights Act*,[11] contains provisions for the formation and jurisdiction of the Canadian Human Rights Commission (CHRC) and Tribunal (CHRT). The *CHRA* addresses instances of discrimination and pay equity issues in federal government departments, corporations and service providers to the general public. The Commission and Tribunal are linked in their purpose to ensure "that Canadians have the right to equality, equal opportunity, fair treatment, and an environment free from discrimination;"[12] however, they operate administratively as independent units.

The first step in the human rights claim process is registering a formal complaint with the CHRC. The Tribunal only hears complaints that are referred by the Commission. Before a complaint is formally filed with the CHRC, an officer determines if the issue falls within the provisions of the *CHRA* and therefore is a matter subject to CHRC jurisdiction.

There are two points in the CHRC process where ADR methods are suggested for resolution of the complaint: The first is after filing the complaint when the CHRC officer will suggest mediation with the other party; the second is after the Commission reviews the investigator's report and the parties' responding submissions and considers if the evidence substantiates the issues raised in the complaint, when a conciliator will be

---

[10] These recommendations for the establishment of a permanent specific claims body were published by the ICC in a special issue on land claims reform: A. Durocher, "Land Claims Reform" [1995] 2 ICCP 25 at 57-58.

[11] *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6 [*CHRA*].

[12] [Main Page], online: Canadian Human Rights Tribunal <http://www.chrt-tcdp.gc.ca/index_e.asp>.

appointed. The conciliator attempts to resolve the complaint between the parties without resorting to more formal processes. If after a period of time the complaint remains unresolved, the Commission will either dismiss the complainant's claim or refer it to the CHRT.

If an agreement is reached between the parties during the Commission process, the Commission may approve or reject the terms of that agreement.[13] Once the Commission has approved the agreement, a Federal Court order to enforce its terms may be sought by the Commission or one of the parties. The language of the *CHRA* implies that a Federal Court order is optional for enforcement purposes.[14]

An agreement, whether oral or in writing, made by two or more parties, forms a contract that could be enforced under contract law if necessary.[15] A written agreement executed with witness to the signatures is a preferable form of contract because it is easier to prove. However, if one of the parties later proved there was duress or undue influence to participate in the agreement, a court could nullify the contract, whether oral or in writing, as if it had never been entered into. Since inequity between spousal partners and/or violence in the home is often a problem present in relationship breakdown, terms of agreement reached between spouses on division of on-reserve matrimonial real property during a tribunal process could perhaps benefit from scrutiny similar to the CHRC's, particularly if part of that scrutiny was to ensure that participation in the agreement was not the result of duress and/or undue influence on one of the parties.

A complaint referred to the CHRT means an inquiry before a panel consisting of one or three members, chosen by the Tribunal's Chairperson. If a three-person panel is appointed, the Chairperson selects one of them to act as panel chair for the duration of the claim inquiry. The Chairperson may sit on a panel and becomes the chair in that instance.

The Tribunal panel has authority to inquire into "all questions of law or fact necessary to determining the matter."[16] The CHRT is not bound by the rules of evidence and may admit any information pertinent to the claim inquiry except privileged information. The panel has some discretion in the following: whom to include as parties; time limits prescribed in the procedures; evidence and the manner it will be presented; and, the payment of witnesses summoned before the Tribunal. Tribunal panels have

---

[13] *CHRA*, *supra* note 11, s. 48(1).

[14] *Ibid.*, s. 48(3).

[15] The author assumes for present purposes that the requisite legal elements of a contract are present in the agreement.

[16] *CHRA*, *supra* note 11, s. 50(2).

the authority to issues summons and enforce attendance at a hearing, and to administer oaths.[17]

A CHRT panel can issue an order for costs and compensation. The result of filing that order with the court means that if the party obliged to comply with the order does not do so, the other party has legal recourse in the Federal Court. At any point in the process where a decision is made by the Commission or Tribunal, a party may seek judicial review of that decision in Federal Court.

Since a tribunal's general function is to provide an alternative to the court system, the CHRC's incorporation of two points of ADR further this objective. Additionally, if there is no resolution at the CHRC stage, and the matter is referred to the CHRT, court is still avoided. In the CHRT stage, the parties may still arrive at an agreement before the inquiry is decided. Once the inquiry decision has been rendered, the choice has been made for the parties in the binding order provided.

The combined process of the Commission and Tribunal, in some instances, is lengthy. Parties, especially the complainant, may experience personal difficulty and financial hardship as a result. These factors are important considerations in the context of finding appropriate mechanisms for the resolution of division of matrimonial real property on reserve on the breakdown of a relationship.

In summary, the author suggests that the positive aspects of the Canadian Human Rights Commission are that:

- Alternative dispute resolution opportunities are included in its process;
- It promotes educational programs on discrimination; and,
- It will take complaints forward to the Tribunal on behalf of the complainant.

The positive aspects of the Canadian Human Rights Tribunal are that:

- The Chairperson has the discretion to draft relevant rules for Tribunal procedure, and
- The Tribunal's decisions are binding and enforceable in court.

Drawbacks of the CHRC and CHRT are that:

- A claim may remain in the Commission for years before its referral to the Tribunal, and
- The dual mechanism requires a large support staff since an investigator may not be a conciliator and neither of these may be a Tribunal member.

---

[17] *Ibid.*, ss. 50(3)(a)-(b).

Australia

Australian National Native Title Tribunal

Mabo v. Queensland (No. 2)[18] was the first successful case in Australia which recognized the existence of Aboriginal (native) title and rights to traditional territory in situations where it has not been extinguished. In response to the High Court of Australia's decision, the federal government enacted the *Native Title Act 1993*,[19] which established the independent National Native Title Tribunal (NNTT).

When a native title application is submitted to the Federal Court, it is referred to the NNTT for a registration test.[20] If the application passes the registration test, the Native Title Registrar[21] registers the application, which conveys certain rights to the claimant for the duration of the native title process.

The NNTT itself does not have the authority to decide whether native title exists. The NNTT mandate is to bring parties together to form agreements on rights issues and other interests related to native title, through negotiation, mediation/facilitation and arbitration.[22] This includes assisting in negotiations for future use and development of the land in question where native title may exist, for example, on whether mining, exploration or pipeline activities can take place.[23]

The *Native Title Act* provides authority for the Federal Court to issue an order for the agreement made by the parties in their NNTT mediation or arbitration processes, once the court has determined the terms of the agreement are within its jurisdiction to order. An approved agreement may or may not involve a determination of native title, since

---

[18] *Mabo v. Queensland (No. 2)*, (1992) 175 CLR 1 (H.C. Aust.).

[19] *Native Title Act 1993*, No. 110, 1993, online: SCALEplus Law Resource <http://scaleplus.law.gov.au/html/pasteact/2/1142/pdf/NativeTitle93.pdf> [*Native Title Act*].

[20] *Ibid.*, ss. 63, 64(4), 190A(6).

[21] The appointment and powers of the Native Title Registrar, who maintains the Register of Native Title Claims, the National Native Title Register, and the Register of Indigenous Land Use Agreements, are specified in Part 5 of the *Native Title Act*.

[22] As amended by *Native Title Amendment Act 1998*, No. 97, 1998.

[23] Aiding in the negotiation of Indigenous Land Use Agreements is also a function of the NNTT. There are several types of Indigenous Land Use Agreements, and they all have contractual force when completed. For further detail, refer to *Division 3– Future acts etc. and native title* in the *Native Title Act*, Part 2. See also P. Lane, "A Quick Guide to ILUAs For Governments" (Paper presented to the National Native Title Tribunal Agreements Workshop, Melbourne, Australia, 13 September 2000), online: National Native Title Tribunal <http://www.nntt.gov.au/metacard/files/Speech/Quick_Guide_to_ILUAs_for_Governments.pdf > at 3.

some kinds of agreements made by the parties may satisfy their interests without deciding the title issue.[24]

If there has been no agreement between the parties at the NNTT, the Federal Court hears evidence about the parties' respective interests, and either refers the matter back to the NNTT for mediation, or proceeds with hearing and deciding the native title case.[25]

The National Native Title Tribunal's function in dealing with native title claims in Australia is mainly administrative. There are only two points when fettered discretion is exercised by the tribunal: The first is in determining if the application meets the requisite criteria for registration, thus granting the claimant special status until the matter is settled; Secondly, during arbitration sessions, at the request of the Federal Court, the tribunal may make an agreement decision based on the evidence produced.

In summary, the author suggests that the positive aspects of the National Native Title Tribunal are that:

- All interested parties are invited to take part in the process,
- It provides alternate resolution processes to standard court settlement,
- Agreements formed between the parties are recognized as contractual for enforcement purposes, and
- The Federal Court may issue orders to enforce the agreements.

Drawbacks of the National Native Title Tribunal include that:

- The NNTT has no quasi-judicial decision-making authority; that is, it does not make any decisions on the issue of native title;
- Despite its independent status, the NNTT remains connected to the Federal Court; and
- NNTT processes are founded on non-Indigenous methods of resolution.

New Zealand

In contrast to the multiple treaties made in Canada, New Zealand's Indigenous people, the Maori, formed only one treaty with the British colonial government, the Treaty of Waitangi in 1840. The *Treaty of Waitangi Act, 1975*[26] was enacted to support the Treaty's provisions, and included the creation of a permanent commission of inquiry called the Waitangi Tribunal. Another statutory creation, the Maori Land Court, records

---

[24] *Native Title Act, supra* note 19, s. 87.

[25] For a flow chart of the NNTT processes, see the NNTT's publication *What happens when there is a native title application?*, online: National Native Title Tribunal <http://www.nntt.gov.au/publications/data/files/NTF_1d.pdf>.

[26] *Treaty of Waitangi Act 1975* (N.Z.), 1975/114, 33 RS 907, as am. by 1977/178, 1985/148, 1988/233, 1993/92, 1998/13, online: New Zealand Legislation – Statutes <http://www.legislation.co.nz/browse_vw.asp?content-set=pal_statutes> [*Treaty of Waitangi Act*].

land ownership and deals with issues concerning land title. Both mechanisms for dealing with Maori land-related issues are reviewed here in turn.

Waitangi Tribunal

As a commission of inquiry, the Waitangi Tribunal operates similarly to the Indian Claims Commission in Canada. Its mandate is to inquire into Maori allegations that Crown policy or actions are not complying, or are interfering, with the rights and provisions embodied in the English and Maori versions of the Treaty.[27] With one limited exception, the Tribunal may only make recommendations and does not possess authority to bind the parties to its recommendations. The exception provides the Tribunal with a specific power to bind the parties in certain circumstances. A Waitangi Tribunal publication explains:

> In some limited instances, the Tribunal has the power to make 'binding recommendations' for the return of certain lands to Maori ownership. [...]
>
> Where the Tribunal makes a binding recommendation, it is an interim recommendation for the first 90 days. This period is intended to allow the Crown and the claimants to reach a negotiated settlement in place of, or incorporating aspects of, the Tribunal's binding recommendation. If a settlement is reached in the 90-day period, the Tribunal amends its recommendation to give effect to the terms of the settlement. If no settlement is reached in that period, the interim binding recommendation takes full effect and must be implemented by the Crown. If lands were to be returned to Maori ownership under a binding recommendation, the landowner would receive compensation under the Public Works Act.[28]

This is an unusual power for a commission of inquiry and certainly the Indian Claims Commission in Canada has no comparable authority. With respect to this exceptional authority it is worth noting that:

> In its 25-year history, the Tribunal has used its binding powers only once - in 1998 in relation to the Turangi township claim. A 90-day binding order was made, but the Crown responded before the expiry of that order, and was able to reach an agreement with the claimants.[29]

The Waitangi Tribunal is considered part of New Zealand's judicial system. To facilitate common research capacity and in order to hear inquiries in the claim district,

---

[27] For a flow chart of the Waitangi Tribunal claim process, see G. Melvin, *The Claims Process of the Waitangi Tribunal: Information for Claimants* (Wellington, NZ: Waitangi Tribunal, 2001) at 45, online: Waitangi Tribunal <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/doclibrary/TheClaimsProcessoftheWT.pdf>.

[28] "Frequently Asked Questions", online: Waitangi Tribunal <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/faq/>.

[29] *Ibid.*

the country is divided into 37 districts.[30] The Department for Courts, through the Waitangi Tribunal Business Unit, provides the Tribunal's administrative services.[31]

Inquiries are heard by a three- to seven-person panel, selected from the Tribunal members by the Tribunal's Chairperson. At least one member of the panel must be Maori.[32]

In considering the lessons to be learned from the Waitangi Tribunal process that might be applicable in the matrimonial real property resolution context, it must be noted that the Waitangi Tribunal, as a commission of inquiry, has the same weakness as the Canadian Indian Claims Commission; that is, it lacks real decision-making or meaningful quasi-judicial powers. What is unique to the Waitangi Tribunal, however, is its power to make a binding recommendation which is interim during a 90-day period that is extendable while the parties attempt to reach a negotiated settlement including in whole or in part replacing the Tribunal's recommendation. This power may provide incentive for negotiation of the claim in question. However, since the Tribunal has only used this power once in its more than 25-year history,[33] it might be concluded that the grant of exceptional powers in a potential legislated matrimonial real property (MRP) resolution context would first benefit from careful scrutiny into such powers' practicality and probable implementation.

A positive attribute of the Waitangi Tribunal is in its panel selection process which facilitates adaption to claims circumstances; for instance, depending on the nature of the claim, a community member with traditional knowledge or a historical researcher may form part of the panel.[34] The majority of the Tribunal members, however, have law backgrounds. The inclusion of Maori Tribunal members is a positive example, as is the statutory requirement for consideration of the Maori version of the Treaty of Waitangi,

---

[30] "Introduction to District Inquiries", online: Waitangi Tribunal <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/inquiries/districtclaims>

[31] "The Waitangi Tribunal Business Unit", online: Waitangi Tribunal <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/about/waitangitribunal/businessunit/>.

[32] *Treaty of Waitangi Act*, *supra* note 26, s. 4.

[33] The solitary use in this long period may potentially be an indication that the Tribunal members are consistently conservative or Tribunal processes are successful to an extent that its invocation is rarely required. However, in 2000, New Zealand Indigenous rights lawyer Maui Solomon stated that the Tribunal had not exercised the binding power despite the fact that Crown-owned forests and State-owned assets were sold to foreign-owned companies, which would have been an appropriate occasion for using the binding recommendation power. Further, he stated: "A previous Minister of Justice threatened to repeal those powers if they were ever exercised!" See Maui Solomon, "Intellectual Property Rights and Indigenous Peoples' Rights and Obligations" (Paper presented to the United Nations Environment Programme Global Biodiversity Forum 15, May 2000), online: In Motion Magazine <http://www.inmotionmagazine.com/ra01/ms2.html>.

[34] "The Waitangi Tribunal Members", online: Waitangi Tribunal <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/about/waitangitribunal/wtmemb/>.

which allows for Maori protocol to exist beside English law requirements in conducting inquiries. Additionally, the Tribunal can adapt to local tribal customs by conducting its hearings in the inquiry sub-district and evidence provided in the hearings may be given in Maori.[35]

In summary, the author suggests that the positive aspects of the Waitangi Tribunal are that:

- Its processes may be adapted to the traditional protocol for each tribal community;
- Incorporation of native language in inquiry hearings and in consideration of the Treaty principles are provided;
- Unilateral Crown issue of licences for natural resources on native title land may be prevented using exceptional powers to bind on an interim and if necessary, then permanent basis; and,
- The selection process for a Tribunal panel allows the inclusion of Elders, community members, experts in the field under inquiry and persons possessing traditional knowledge of related subject matter such as plants and forests.

Drawbacks of the Waitangi Tribunal include that:

- It does not have comprehensive decision-making or quasi-judicial power to bind the parties to the Tribunal's findings and recommendations; and
- The inquiry process may become lengthy because of the necessity to accommodate the parti-time-appointed Tribunal members' schedules.

Maori Land Court

Like the Waitangi Tribunal, the Maori Land Court is considered part of the New Zealand court system and is administered by the Department for Courts. In 1993, the current Maori Land Court replaced its predecessor, the Native Land Court, which had been established by statute in 1865. The *Te Ture Whenua Maori Act 1993* (*Maori Land Act 1993*)[36] is a comprehensive piece of legislation consisting of 362 sections and two schedules, including provisions on jurisdiction, powers, structure of the Land Court and Appellate Court, procedure, rules and regulations.

The original Native Land Court's purpose was to record and convert Maori customary land title into European law concepts. Maori had to prove their rights to the

---

[35] E. Stokes, "The Treaty of Waitangi and the Waitangi Tribunal: Maori Claims in New Zealand" in G. Cant, et al., eds. *Indigenous Land Rights In Commonwealth Countries: Dispossession, Negotiation and Community Action*, Proceedings of a Commonwealth Geographical Bureau Workshop Christchurch, February 1992 (Christchurch, NZ: Department of Geography, University of Canterbury and the Ngai Tahu Maori Trust Board,1993) 66 at 72.

[36] *Te Ture Whenua Maori Act 1993/Maori Land Act 1993*, 1993/4, as am. by 1993/70, 1993/104, 1994/69, 1996/35, 1996/153, 2001/11, 2002/16, online: New Zealand Legislation – Statutes <http://www.legislation.co.nz/browse_vw.asp?content-set=pal_statutes> [*TTWMA*].

land by occupation, conquest, or ancestry. The custom of gifting land was taken into consideration as well. The new Maori Land Court's mandate is to promote and assist in the retention of Maori-owned land as well as its "effective use, management, and development."[37] The Court facilitates the registration of Maori-owned land and maintains the records of such registrations. Many of the hearings held by the Maori Land Court are to handle issues of land transferred by will or intestacy.

The Maori Land Court is a two-tiered structure composed of the Maori Land Court and the Maori Appellate Court. The Court conducts itself in a culturally relevant manner; for example, it may open and close with Maori prayer and hold sessions in the Maori language. New Zealand is divided into three Maori Land Court Regions and sub-divided into seven districts where the Court holds its application hearings. The Maori Land Court Services Offices help with the application process and general enquiries.

Judges may sit alone or on a panel of two or more.[38] The Court's decisions are final and binding; however, application for a rehearing, if requested by "any person interested in any matter in respect of which the Court has made an order", the judge having made the order or any other judge, may be made within 28 days after the order.[39] Furthermore, the Maori Land Court has the power to amend any order or court document as necessary, provided it does not remove any right already conveyed, in order "to give effect to the true intention of any decision or determination of the Court."[40]

Appeal of Maori Land Court decisions is made to the Maori Appellate Court. The Maori Appellate Court, and by leave, the Land Court, may obtain the opinion of the High Court of New Zealand on any point of law arising in its proceedings.[41] In certain situations such as assigning costs and issuing injunctions within its jurisdiction, the Land and Appellate Courts each enjoy certain powers of the High Court which tribunals generally do not possess.

It is interesting to note the power of the Maori Land Court to make occupation orders vesting in "the owner of any beneficial interest in that land; or a person who is entitled to succeed to the beneficial interests of any deceased person, in that land."[42] Part 15–Occupation Orders of the *TTWMA* deals with occupation orders, including matters to be considered in deciding an occupation order, as well as the power to amend or cancel an occupation order, and make related regulations.[43] The Maori Land Court has

---

[37] *Ibid.*, s. 17(1).

[38] *Ibid.*, s. 38.

[39] *Ibid.*, ss. 43 (1)-(2).

[40] *Ibid.*, ss. 86-88.

[41] *Ibid.*, s. 72.

[42] *Ibid.*, s. 328(1).

[43] *Ibid.*, ss. 328-331.

the discretion to order the "exclusive use and occupation of the whole or any part of that land as a site for a house."[44] The caveat to this provision is that the occupation order does not constitute "partition, development, or subdivision of the land to which the order relates."[45] The Court has to take into consideration the opinion of the owners, the effect of their interests and the best use of the land before making an occupation order.[46] If the land in question is held in trust or by a Maori corporation, consent must be obtained before issuing the order.[47] The existence and application of this power in New Zealand may provide an example and/or lessons for potential solutions to the current Canadian unavailability of orders for exclusive possession of the matrimonial home on reserves.[48]

Judicial review of the Maori Courts' decisions or orders is by appeal to the New Zealand High Court and then the Court of Appeal. Maori Land Court decisions are enforced in various ways depending on the nature of the issue before the Court. For instance, enforcement for an order for money payment may, on application by one of the parties or the judge's own motion, be filed with and thus become a record of the District Court.[49] The filed order acts as a debt and is registered against the Maori-owned land title until paid. Enforcement of other orders may involve registration on title in land registry records.[50]

In terms of evaluating the Maori Land and Appeal Courts' effectiveness as a potential model for the Canadian context, it is worth noting that they form the only Maori court in New Zealand. The challenge with implementing a similar system in Canada would arise in accommodating the diversity of customs and cultures of multiple First Nations. Although the Maori have differing customs among their regional tribes, they share a common language and the same Nation. Additionally, First Nations may object to having the decision about land use and transfer taken completely out of their hands and put into a court setting.

Making the Maori Land Court process accessible appears to be a goal of the New Zealand government and recognizes the importance of the land to the Maori people, as well as their special relationship to it. In summary, the author suggests that in addition to this purpose, the noteworthy and positive aspects of the Maori Land and Appellate Courts are:

---

[44] *Ibid.*, s. 328(1).

[45] *Ibid.*, s. 328(3).

[46] Ibid., s. 329 (1)-(2).

[47] *Ibid.*, s. 328(2).

[48] It was beyond the scope of this paper to complete in-depth research into, and analysis of, the occupation orders power and its application by the Maori Land Court.

[49] *TTWMA*, *supra* note 36, s. 81.

[50] *Ibid.*, ss. 140-142.

- The ability to conduct hearings in the Maori language;
- Specific judicial authority with respect to hearing Maori land matters, including the ability to order costs, issue land occupation orders and injunctions that are enforceable in the High Court system, and, to make binding decisions; and,
- The power to grant rehearings and the authority to amend any court document or court order to clarify the court's intention and determination.

Although a tribunal in concept and including administrative features, drawbacks of the two levels of the Maori Land Court may rest in its more judicial nature than most tribunals:

- Judges are the decision-makers, requiring a legal background; and,
- Decisions and orders are imposed on the parties in the manner of a standard court.

Additional Comments on Tribunals

Among the criticisms of administrative tribunals discussed at the 18th annual conference of the Canadian Council of Administrative Tribunals (CCAT) held in Ottawa in June 2002, was the judicialization of tribunals. Administrative tribunals were initiated in large part as a cheaper alternative to the court system. And, the ability to conduct investigations and hearings in a more relaxed manner with fewer procedural formalities and rules was attractive.

The concern expressed by some of the presenters at the referenced conference pertains to increased pressure felt by quasi-judicial tribunals to function more like courts. Additional procedures, for example discovery and pre-hearing disclosure requirements, increase the claimant's costs and complicate the process.[51] Furthermore, courts conducting judicial reviews have commented on the lack of transcribed hearings, which suggests they may eventually become a requirement.[52] Another complicating factor for tribunals is their being "forced into the realm of the judicial"[53] during consideration of issues tied to *Charter*[54] rights.[55] The potential connection of the *Charter*

---

[51] See e.g. Anne L. Mactavish, "Administrative Justice-Reflections On The Road Ahead" (Paper presented to the 18th Annual Canadian Council of Administrative Tribunals Conference, Ottawa, 4 June 2002) [unpublished] at 4-5 [Mactavish].

[52] *Ibid.* at 6.

[53] A.M. Wallace and J.T. Casey, "The March Towards Judicialization: Administrative Tribunals at the Crossroads" (CBA Administrative and Labour Law Update, Ottawa, 19-20 November 1999) [unpublished] cited in *ibid.* at 7.

[54] *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982 (U.K.)*, 1982, c.11 [*Charter*].

[55] Mactavish, *supra* note 51, at 7.

right to "life, liberty and security of the person"[56] to on-reserve matrimonial real property issues might merit further enquiry and consideration in specifying the procedures and requirements of a tribunal as a potential resolution mechanism.

Citing the Supreme Court of Canada as contributing to the increased judicialization of tribunals, Anne L. Mactavish, Chairperson of the Canadian Human Rights Tribunal, and presenter at the 2002 CCAT conference, stated: "Another factor ... is the increased obligation on the part of the administrative decision makers to provide reason[s] for their decisions."[57]

To be effective, delegation of the decision-making authority to a tribunal dealing with the resolution of the division of matrimonial real property on reserves in Canada would have to be carefully constructed to not create further conflict of laws between the spectrum of federal, provincial/territorial and First Nations jurisdictions.

Ombuds Processes

Introduction to Ombuds Processes

The office of ombudsperson,[58] in its modern form, originated in Sweden in 1809 with the appointment of a *justitieombudsman* (the old norse word was *umbodhsmadr*). The meaning of the word is "entrusted person" or "grievance representative."[59] This official is usually only found in democratic countries. New Zealand was the first English-speaking country, in 1962, to offer the services of an ombudsperson. Canada does not have a federal ombudsperson and is one of the few larger democratic countries that does not.

Variations in the definition of an ombudsperson exist. An accepted version issued by the Ombudsman Committee of the International Bar Association is:

> An Office provided for by the constitution or by action of the legislature or parliament, who receives complaints from aggrieved persons against

---

[56] *Charter*, *supra* note 54, s. 7.

[57] Mactavish, *supra* note 51, at 7. (Mactavish supports her assertion in a footnote referring to *Baker* v. *Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 and states in part:

> In *Baker*, the Supreme Court of Canada reversed the long-established principle that administrative decision makers are not obliged to provide reasons for their decisions, unless required to do so by their enabling legislation. The Court found instead that in certain circumstances, the duty of fairness may require the provision of reasons.)

[58] In this paper, the terms "ombudsperson" and "ombudsman/men" are both used. The gender-neutral form is used in general contexts referring to the holder of an ombuds role. Many organizations and countries retain the use of the term "ombudsman"; therefore, in reference to specific established ombuds roles and offices or direct citation, the organization's or country's own term is respected.

[59] Judge A. Satyanand, "Human Rights in the Commonwealth: The Ombudsman Role" (Paper presented to the Royal Commonwealth Society Meeting, London, England, 22 May 2002) at 1, online: Royal Commonwealth Society International Headquarters <http://www.rcsint. org/texts/satyanand.doc> [Satyanand].

> government agencies, officials and employees, or who acts on his own motion, and who has the power to investigate, recommend corrective action and issue reports.[60]

Similar to the role of a commission of inquiry, such as the Indian Claims Commission, the office of ombudsperson may make recommendations on the findings of its self-initiated or complaint-initiated inquiries, acts impartially, and reports on its recommendations. A difference between the two entities is that the ombudsperson may make recommended solutions for correcting the situation if the findings of its investigation substantiate the complaint. The office of the ombudsperson generally does not have decision-making capabilities.

The enabling legislation that creates an ombudsperson office generally includes its jurisdiction, method of complaint processing, i.e. received directly from the complainant or through a Member of Parliament, powers to access relevant materials, and where to report. Chief Roberta Jamieson has recognized that there "may be considerable differences among Ombudsmen" but there are basic characteristics that qualify the office as an ombuds one.[61] Briefly, the characteristics she provided are: "independence, fairness, transparency, accessibility, respect, efficiency, accountability, stability, investigative powers, confidentiality, public reporting, powers only to recommend, and ability to undertake investigations on own initiative."[62]

An additional component of accessibility to an ombuds office for redress is no or minimal cost to gain access to a forum for airing a grievance. The alternatives, such as court, trying to work through a member of Parliament, newspaper attention and group organization, can be costly and lengthy, and may not achieve the same result. While the government or offending body does not have to follow the recommended solutions, the government or body under investigation would realize the issue had been thoroughly investigated. An ombudsperson may include non-compliance or a lack of response in a report. However, the only available enforcement mechanism is relying on the embarrassment factor and public pressure, if the issue is of public interest. The advantage to the ombuds model is that the complaint investigation has the potential to effect change, which in turn might prevent a reoccurrence of the unfair or egregious policy or action. A complaint settled out of court, or even by a court order, may not have the same result.

---

[60] Nuba Survival, "Administration of Justice and Legal Aid" (Issue Paper A-3 presented to the Steering Committee for Human Rights in the Transition in Sudan, Kampala, 8-12 February 1999) at para. 4.2 online: Nuba Survival <http://www.nubasurvival.com/conferences/conferences%20%20index.htm>.

[61] Chief R. L. Jamieson, "The First Nation Ombudsman" (Paper presented to the IBA Spring Conference: "Specialized Tribunals and First Nations Legal Institutions", 29-31 May 2002) at 5 [unpublished] [Chief Jamieson]. (Chief Jamieson served as the Ombudsman of Ontario from 1989 to 1999.)

[62] *Ibid.*, at 5-7.

Ombuds issues and processes in Canada and New Zealand are reviewed here in turn.

Canada

With the exception of Prince Edward Island, all the provinces in Canada have an ombudsperson for complaints and investigation into provincial administrative issues. As already noted, there is no federal ombudsperson, however it is interesting to note that in the last session of Parliament, a Private Member's Bill known as the "*First Nations Governance Review Act*" proposed to establish a federal First Nations Ombudsman Office and a First Nations Auditor.[63] The proposed First Nations Ombudsman would investigate administrative, communication and election problems and irregularities, as well as deal with complaints between members and their own First Nation communities, and between First Nations. Also, unfair or unreasonable dealings and/or policies and practices between these parties and the government of Canada would be investigated.

A group called the First Nations Accountability Coalition (FNAC), a grassroots organization claiming a membership of 5,000 from across Canada, has called for an independent body to hear complaints of band council improprieties. FNAC, along with the Alliance Party, has called for a First Nations Ombudsman.[64] The ultimate purpose in common of the two proposals for a federal level First Nations Ombudsman as noted here, is achieving good governance by monitoring First Nation and Aboriginal governments' accountability.

Indian and Northern Affairs Canada (INAC) requested that the Centre for Municipal-Aboriginal Relations undertake a study to examine and compare Municipal and First Nations accountability regimes in identified political, financial and administrative areas.[65] The First Nations government information was gathered from *Indian Act* provisions, their funding agreements, and four First Nations with accountability mechanisms in place.

The areas covered by the government financial accountability mechanisms comparisons provided in the report were on: Financial Accountability - Transparency, Elements of Accountability Disclosure and Redress. The Municipal requirements of accountability are more stringent. The two noticeable differences in the accountability regime requirements are under disclosure and redress. The report points out that First Nations, unlike municipalities that have several options, with a few exceptions do not

---

[63] Bill C-399, *An Act to establish a First Nations Ombudsman and First Nations Auditor to assist with administrative and financial problems*, 1st Sess., 37th Parl., 2001 (debated at second reading; dropped from the Order Paper -- June 20, 2002.)

[64] In 2000, FNAC received recognition on CBC's "Canada at Five" radio news broadcast, when they claimed "native people aren't properly represented by chiefs and band councils [...] and corruption and mismanagement of band funds [are] rampant." Canadian Broadcast Corporation, "Canada at Five" (News Report) (Toronto: CBC, 4 April 2000).

[65] T. Chowdhury et al., *Municipal Government Accountability Regimes: A Benchmark For First Nation Government Accountability?* (Ottawa: Centre for Municipal-Aboriginal Relations, 1998).

have independent third party systems of redress. The main systems used now are INAC, courts and the Human Rights Commission.[66] Also mentioned are the use of an Elders Tribunal to provide a review process[67] and the idea of establishing an Aboriginal Auditor General or Ombudsman.[68]

Law Professor Larry Chartrand's purpose in discussing the creation of a federal Ombudsman Office differs from the First Nations Accountability Coalition and the Canadian Alliance Party. His mandate for a federal ombudsperson would be to "monitor the non-Aboriginal governments' accountability to Aboriginal peoples."[69] All aspects of the Aboriginal/government relationship could be investigated by this ombudsperson, including land issues. Of course, the scope and jurisdiction of such an ombudsperson would have to encompass this aspect in the enabling legislation.

Chief Roberta Jamieson supports the concept of having a First Nation Ombudsman for similar reasons to those of the FNAC and the Alliance Party. Her purpose would be to provide an "effective redress mechanism to offer protection for the ordinary citizen against the possible abuse of delegated power."[70] The citizens she is referring to are First Nation people whose Nations, as they become self-governing, may in their actions or decisions, as commonly occurs in governments according to Chief Jamieson, make an error that adversely impacts them.[71] Her concept of a First Nation Ombudsman office would be to provide a flexible source of redress for individuals or groups of First Nations people, outside of court.

Comments on the ombudsperson model for dispute resolution follow a description of the New Zealand's ombuds process.

New Zealand

In New Zealand there are three Ombudsmen appointed by the Governor-General as recommended by the House of Representatives, and they are considered to be Officers

---

[66] *Ibid.*, Table 4 at 53.

[67] *Ibid.*, Table 3 at 52.

[68] *Ibid.*, Table 4 at 53.

[69] L. Chartrand, "Furthering Accountability By Governments for Aboriginal Rights Mechanisms for Achieving Good Governance in Canada" (Paper presented to the IBA Spring Conference: "Specialized Tribunals and First Nations Legal Institutions", 29-31 May 2002) at 14 [Chartrand].

[70] Chief Jamieson, *supra* note 61, at 2.

[71] *Ibid.* at 1.

of Parliament, not the current government.[72] The *Ombudsmen Act 1975*[73] is the main statute governing the ombuds process that began in 1962.[74] The purpose of the New Zealand Office of the Ombudsmen is "to inquire into complaints raised against New Zealand central, regional and local government organisations or agencies."[75]

If the complaint is substantiated, the Ombudsmen may make recommendations for remedies. They do not have the power to enforce the recommendations. The *OA* requires all available appeals and other remedies to be exhausted before bringing a complaint to the Ombudsmen Office.[76] On average, a complaint under the *OA* takes 42 working days to be processed and there is no charge for an investigation.[77]

The procedure for registering a complaint with the Office of the Ombudsmen is much the same as the CHRC's. First, a determination of jurisdiction must be made. When a claim is accepted, an investigator gathers the information, and in conjunction with the relevant Ombudsman,[78] establishes whether the claim has merit. Following investigation and the report being provided to the government department in question, if no action has been taken on it after passage of a reasonable time, the Office of the Ombudsmen may send a copy of the report and recommendations to the Prime Minister and Parliament.[79]

Section 25 of the *OA* amounts to a privative clause, in that, a proceeding or decision made by an Ombudsman cannot be reviewed by a court, or challenged, except for lack

---

[72] "History of the Office of the Ombudsmen", online: New Zealand Office of the Ombudsmen <http://www.ombudsmen.govt.nz/history.htm>.

[73] *Ombudsmen Act 1975* (N.Z.), 1975/9, 35 RS 469, as am. by 1982/89, 1982/164, 1988/77, 1988/205, 1991/121, 1992/25, 1993/34, 1996/137, 1997/72, 1999/44, online: New Zealand Legislation – Statutes <http://www.legislation.co.nz/browse_vw.asp?content-set=pal_statutes> [*OA*].

[74] Three other statutes convey roles and powers to the Ombudsmen: *Official Information Act 1982* (N.Z.), 1982/56, 35 RS 403; *Local Government Official Information and Meetings Act 1982*, 1987/174, 35 RS 347; *Protected Disclosures Act 2000*, 2000/7; online: New Zealand Legislation – Statutes <http://www.legislation.co.nz/browse_vw.asp?content-set=pal_statutes>.

[75] "Functions of the Ombudsmen", online: New Zealand Office of the Ombudsmen <http://www.ombudsmen.govt.nz/>

[76] *OA*, *supra* note 73, s. 13(7).

[77] "Frequently Asked Questions", online: New Zealand Office of the Ombudsmen <http://www.ombudsmen.govt.nz/frequent.htm>.

[78] There are three New Zealand Ombudsmen in office at one time.

[79] *OA*, *supra* note 73, s. 22(4). For a flow chart of the New Zealand Ombudsmen's Office complaint process, see "How a Complaint is Processed", online: New Zealand Office of the Ombudsmen <http://www.ombudsmen.govt.nz/layinga.htm>.

of jurisdiction.[80] Furthermore, the Office of the Ombudsmen or its representatives may not be sued, and the information received during the proceedings is privileged.[81] The Office of the Ombudsmen is to report annually to Parliament.[82]

Additional Comments on Ombuds Processes

A general comment on the non-binding recommendations and solutions given to the offending agency and the complainant is that public pressure is relied upon for compliance. However, if it is not an issue of public interest, then the offending party may not resolve the situation, and reoccurrence is a possibility as well. In the context of resolving matrimonial real property issues on reserves on relationship breakdown, issues tend to be very personal in interest. Additionally, defined processes for the resolution of matrimonial property disputes, whether through custom, land codes, band laws, etc., may or may not exist, or in fact be supported locally, to underpin a formal ombuds-type investigation and process for this context. This view may not necessarily be the only interpretation for this context however.

While not speaking to MRP issues in his paper, Professor Chartrand acknowledges that a common criticism of the ombuds role is its advisory nature and lack of compliance mechanisms; however, he suggests that the non-compliance power may in fact be positive and present the possibility of a culturally relevant component through consensus building for resolution.[83] This is an interesting thought, especially given that lack of cultural sensitivity is one of the complaints against the CHRC.

Judge Anand Satyanand, a New Zealand Ombudsman, in a presentation in 2002 to the Royal Commonwealth Society included a quote by Justice Michael Kirby from a 1995 Australian case on the "usefulness of Ombudsman methodology."[84] Justice Kirby said:

> [The] Ombudsman lacks the power to make orders as a Court may do. But the sanction of the provisions of a report to the responsible Minister and to Parliament and the requirement upon the Minister to respond promptly to any such report also affords significant sanctions. These have proved effective in all jurisdictions in which the Office of the Ombudsman has been created, to obtain reconsideration of administrative action found

[80] *OA*, *ibid.*, s. 25.

[81] *Ibid.*, s. 26.

[82] *Ibid.*, s. 29.

[83] Chartrand, *supra* note 69, at 14.

[84] Satyanand, *supra* note 59 at 3.

by the Ombudsman to be unlawful, unreasonable, mistaken or wrong.[55]

The sanctions mentioned by the Justice are only available to the Ombudsman if included in the enacting legislation. The New Zealand legislation does have a further discretionary avenue of redress to the Prime Minister and Parliament that may be exercised by the Ombudsmen. It continues to be notable though, that by not allowing the review, quashing or challenge of the Ombudsmen's recommendations, the resulting findings and proposed solutions may be final, however, they are still not binding.

The New Zealand Office of the Ombudsmen follows the general model described in this paper's introductory material about ombuds processes. What is unique, is the ombuds jurisdiction of similar but slightly different subject areas provided for by four separate pieces of legislation. However, the purpose and function of the Office of the Ombudsmen remains consistently to investigate complaints against government departments and agencies, and the aim is "protection of human rights and ensuring transparency in government administrations."[56] To mention once again nonetheless, the *Ombudsmen Act 1975* ultimately does not contain an enforcement mechanism to ensure compliance with any recommended changes or proposed solutions to resolve the offending action or policy in question.

In summary, the author suggest that the positive aspects of the ombuds office are:

- It provides an independent flexible avenue for redress to government actions and decisions that impact negatively against individuals and groups;
- Issues can be high profile and public, while maintaining case-specific confidentiality;
- Ombudspersons may be delegated wide investigative and procedural powers in the enabling legislation;
- The ombuds process may provide recommendations and solutions for a complaint substantiated by investigation;
- The ombuds process is accessible to all citizens at no or minimal cost; The complainant may not have to have independent legal representation; and
- In New Zealand: by not allowing review or challenge, the ombuds process sends the message that the recommendations/solutions are final.

Drawbacks include that the ombuds process or ombudsperson:

- May only make recommendations, so findings and recommended solutions are not binding on the parties involved;
- Its main purpose is to investigate government actions/policy in its administration processes so may not be suited to disputes between individuals;

---

[55] *Ibid.*

[56] *Ibid.* at 8.

- The investigation and reporting requirements of the ombuds procedure may still create lengthy delays before any action is taken to resolve the situation; and
- Relies on the offending party for compliance, as a matter of goodwill or through public pressure, not through the existence of enforcement mechanisms.

Alternative Dispute Resolution (ADR)

Methods of ADR were utilized in Aboriginal societies before the introduction of the European court system in Canada. By comparison, ADR as an alternative to court processes is relatively new. The main impetus for the growth of modern ADR mechanisms is the elapse of time and high expense which accompany resolving issues in the court system.

Advantages of utilizing ADR mechanisms are: the confidentiality of the process, reduced risk of imposed decision-making, possible involvement of subject area experts, innovative solutions, mutual problem solving and retaining or fostering a good relationship between the parties. Another benefit of ADR mechanisms is the ability of the parties to be directly involved in reaching a solution of their choosing, as compared to a decision or order imposed unilaterally by a judgement of the court.

ADR processes share the requirement for success that participants take part in the process in good faith. The opportunity exists for abusing an ADR process by not acting in good faith, such as when one party agrees to participate with the intent to harass, intimidate, or stall litigation, and has no real intention to reach agreement.

Most ADR mechanisms involve a third-party, who is neutral, to assist in the dispute resolution. Lee Axton, in the *Appendices to the Report On: Alternate Dispute Resolution Within DIAND*, paraphrases a statement by Ben Hoffman from a previous INAC report on ADR. He states: "Hoffman observes that it is the nature of alternatives that they be flexible, capable of responding to the specific needs of disputants and to the circumstances of the dispute."[87] Although variations on the names used to describe them exist, the standard forms of ADR are negotiation, mediation, hybrid and adjudicative processes. There is a variety of theories and models for procedure and steps to reaching an amicable solution to a dispute within each of them. It is beyond the scope of this paper to describe these theories; however, an overview of the standard processes is given and some examples employed to achieve an agreement are reviewed here.

Negotiation

Negotiation is something that occurs in everyday life without most of us really being aware that we are engaging in a process. A dictionary definition of negotiate is:

---

[87] L. Axton, *Appendices to the Report On: Alternate Dispute Resolution Within DIAND* (Ottawa: Indian and Northern Affairs Canada, 1994), Appendix B at 1[ADR Appendices].

> **1** talk over and arrange terms; parley; confer; consult [...]
> **2** arrange for [...]
> **3** transfer, assign, or sell ownership in return for equivalent value.[88]

The following definition encapsulates the negotiating process:

> [Negotiation is] ... a process of adjustment of existing differences, with a view to the establishment of a mutually more desirable legal relation by means of barter and compromise of legal rights and duties and of economic, psychological, social and other interests. It is accomplished consensually as contrasted with the force of law.[89]

Negotiation is a voluntary process. A power imbalance may exist between the parties in a negotiation, notwithstanding agreeing to participate in finding a mutual agreement to end the conflict. Decision-making about the most appropriately designed mechanism to address the subject matter in question may include considering who the parties are, including their cultural differences. Identity conflict is a concern in all the forms of ADR mechanisms, unless they are specifically designed to be culturally relevant; for example, for Aboriginal people, circle settings and Elders panels.[90] Important to the success of negotiation, as well as other ADR mechanisms, is trust between the parties and the third-party neutral. Careful consideration of the appropriate dispute resolution mechanism for the subject matter is paramount.

An advantage of negotiated agreements is that the parties participated in the solution and are subsequently less likely to go to court for further resolution of the situation.[91] INAC reports that negotiated agreements with outstanding actions tend to be fulfilled, and compliance in general is greater due to the participation of the parties.[92]

Among the disadvantages of negotiation and other ADR mechanisms is that it may not be as cost effective as expected. The length of time to reach a settlement may be much less than court time, but the payment of the third-party neutral, facilities and lawyers and/or negotiators increases the cost of resolution. Enforcement of the

---

[88] *Gage Canadian Dictionary*, revised, *s.v.* "negotiate".

[89] G. Bellow & B. Moulton, *The Lawyering Process* (Mineola, NY: Foundation Press, 1978) at 11, cited in *Dispute Resolution Readings and Case Studies*, J. MacFarlane, ed. (Toronto: Emond Montgomery, 1999) at 100.

[90] Institute on Governance, *Dispute Resolution Systems: Lessons From Other Jurisdictions* (Report dated 12 March 1999) [unpublished] at 10 [Institute on Governance]. (A study being the research and development component of a Joint Fiscal Relations Table whose members included the Federation of Saskatchewan Indian Nations, Indian and Northern Affairs Canada, and the Government of Saskatchewan.)

[91] ADR Appendices, *supra* note 87, Appendix C at 1.

[92] *Ibid.*

agreement is left to contract law and enforcement by a court. Again, a power imbalance may exist, for example the relationship between First Nations and Canada during negotiations when Canada has a seemingly unlimited resource base in comparison to the First Nations. An individual in a violent relationship attempting to resolve the division of on-reserve matrimonial real property would experience a similar imbalance of power.

Canada

Ridgewood Foundation for Community-Based Conflict Resolution (Int'l)

The Ridgewood Foundation located in Ottawa, founded in 1992, is a Registered Canadian Charitable Organization committed to "the continued development of Community-Based Conflict Resolution through foundational and principled best practices, process design and training."[93] The Foundation has provided conflict resolution training in Foundational Process™, Third-Party Neutral and Community-Based Conflict Resolution Field Process. Ridgewood has provided services to a variety of groups, including acting as third-party neutral to community groups such as First Nations, government, police, youth, community developers and professionals. The unique aspect of Ridgewood's approach to conflict resolution is the training provided before the actual conflict resolution sessions begin. To make each training session a positive experience, the Foundation aims for a "positively-centred, barrier free and inclusive"[94] gathering process.

Training sessions are interactive with the use of role playing while conveying principles of and education on the ADR process, such as negotiation or mediation, that the community is to be involved in. The training workshops are part of a week-long process that is set out in a schedule of activities. The Foundational Process developed by Ridgewood is a principled approach to conflict resolution and intervention by providing what to expect in the negotiation experience and the skills needed to own the process and be able to address the issues that caused the conflict. The training sessions are based on the principles and values that embody the Foundational Process.

Following the training session or sessions, the participants must do their own background preparation to take part in their community negotiation session. The training session equalizes the power imbalance between parties such as a First Nations community and the federal government.

Although a community-based conflict resolution process, Ridgewood's Foundational Process provides a unique educational aspect to resolution conflict for the group seeking to reach an agreement. It appears that a modified form of this process might be adapted for training individuals, for contexts such as the resolution of on-reserve MRP after relationship breakdown.

---

[93] Ridgewood Foundation for Community-Based Conflict Resolution (Int'l), "Foundational Process Principles, Process, Techniques and Tools" (Workbook) (Ottawa: Ridgewood Foundation, 2001) at xiv.

[94] *Ibid.*

Adaption would have to address some specific areas of concern. Specifically, feminist critique of ADR processes points out the imbalance of power usually experienced between couples seeking to settle their affairs on the breakdown of their relationship. The man in the relationship typically has the larger income and more resources to influence or coerce outcomes, effectively forcing what may not be an appropriate settlement upon his partner. The partner may not understand her non-agreement alternatives or lack the resources to pursue a court settlement. The situation for families that experience violence in the home is even more imbalanced. The abuser has already asserted control over the partner. Further, the violence in the home may not have been previously disclosed. Being in the same room with the abuser is not only very intimidating, but for some victims may be impossible at the relationship breakdown stage. Negotiation would not generally be appropriate in this situation; however, a Ridgewood training session could potentially redress this imbalance by preparing the partners and provide the tools for engaging in a positive negotiation session.[95]

Another benefit from the combined educational training and negotiation approach is the ability to address identity or cultural conflicts. In First Nations communities, deep-rooted internalized feelings are often attached to the conflict. The Foundational Process encourages self-assessment and the surfacing of the deep-rooted issues for consideration and resolution in the process. Well-defined core values and issues identified in this way will help prevent derailment of the process.[96] However, if the issues are not handled properly, and time given for resolution of the deep-rooted issues is inadequate, the process may break down and any trust and calm developed will dissipate.

In summary, with respect to considering the needs for on-reserve MRP dispute resolution, the author suggests that the positive aspects of the Ridgewood Foundation process for community-based conflict resolution are that:

- It provides training in the process and skills for a equitable negotiation session;
- It is principled negotiation with emphasis on reaching an amicable agreement;
- It allows attention to cultural/identity issues, even those that may be deep-rooted, to be explored during the negotiation; and
- It encourages full participation by the parties by paying attention to the environment in which the negotiation process occurs.

Drawbacks to the Ridgewood Foundation Process are that:

- It is currently designed for community-based conflict resolution;
- Costs will be incurred for the training process as well as the actual negotiation

---

[95] The same would apply in a mediation mechanism. Few mediators will take couples that have disclosed the presence of violence in the home.

[96] J. Rothman, *Resolving Identity-Based Conflict in Nations, Organizations, and Communities* (San Francisco: Jossey-Bass, 1997) at 12-13.

session, adding to the expense of the process; and

- The cooperation of the parties is necessary.

Mediation

Mediation is a process that involves a neutral third-party who brings parties together to resolve a dispute for themselves by consensus, in other words agreement. A mediation session is facilitated by the third-party mediator who assists the parties by guiding the process, keeping it on track, drawing out the issues and urging the parties to deal with them appropriately, and facilitating communication. A mediator will interact frequently with the parties to assist them to arrive at an agreement, which is what differentiates negotiation and mediation. However, the mediator is not a decision-maker and does not provide the solution.[97] The agreement reached is the result of the interaction between the parties, and an important aspect of mediation is the authority of the parties to settle and sign the agreement themselves.

The mediator's goal is to establish a comfortable environment, foster trust in the mediator, and provide a fair, neutral process that encourages the parties to interact for resolution of the dispute. Mediation is a cooperative process; therefore, problems may arise for reaching an amicable agreement if the parties do not want to be involved in the mediation.[98]

Mediation sessions tend to be informal and provide a situation where emotions and concerns surrounding the dispute may be aired. Previously agreed upon ground rules, such as no offensive or derogatory language, establish the boundaries for communication. The process is empowering for the parties, in that it requires them to make an effort to convey their own interests and feelings while attempting to listen and hear the other's points of view and experience. The parties must take ownership of the process to reach an agreement.

Most sessions are held on a without prejudice basis; that is, nothing said and the information exchanged may not be used to the detriment of the other party in another setting, such as litigation. Enforcement of a mediated agreement, unless provided for in some other form in the agreement, is through contract law.

A disadvantage of mediation is that the parties may fail to reach agreement. In this case, the costs and time spent, usually benefits of the successful use of this ADR

---

[97] J. MacFarlane, "Mediation (Introduction)" in *Dispute Resolution Readings and Case Studies*, J. MacFarlane, ed. (Toronto: Emond Montgomery, 1999) 257 at 257[MacFarlane].

[98] Mandated mediation, as provided for in Ontario court case management (reviewed subsequently in the main text of this paper), has more potential to experience this problem. It should be noted however that the hesitation or reluctance of one or both parties to participate in mediation does not necessarily engender or equate to participation in bad faith. Appropriate education of the parties about the mediation process and the appropriate use of mediation skills by the mediator may successfully overcome this problem.

mechanism, instead add to the parties' expenses of finding a solution.[99] As in negotiation, a power imbalance may be present between parties to the mediation process. To ameliorate the disparity between them, some mediators will conduct the mediation process with the parties in separate rooms. This may potentially provide a method of implementing mediation where violence has been experienced in the home; however, the results of such sessions may be inconsistent depending upon the parties and the mediator's methods.

Hybrid Processes

There is no set definition for hybrid processes, however on a spectrum starting with negotiation – the ADR process being furthest away from court settlement at the other end of the spectrum – mediation is next, then elements combined from evaluation, adjudication, mediation and negotiation mechanisms, which are referred to as hybrid processes.[100] A third-party neutral is still involved but the difference is a part of the ADR process includes a non-binding evaluation of a portion of the dispute, by the third-party. For instance, the non-binding evaluation may be on facts, legal issues, or assessment of litigation outcomes.[101] The parties are still responsible for reaching an agreement that allows them to experience empowerment, such as ownership of the process outcome, without prejudice status, and confidentiality, not available in a court settlement.

Hybrid processes currently in use mostly in relation to court programs include: private mini-trial, moderated settlement conference, early neutral evaluation, summary jury trial, judicial mini-trial, case management and fact finding by an ombudsperson.[102] Case management in Ontario is an example reviewed in the examples accompanying this section. Hybrid processes may be mandated in some legislated dispute resolution situations, which is described below in the examples of this section.

In some respects hybrid processes are controversial, raising questions about the overlapping of the mechanisms making them more complex than a mediation or negotiation session. As with the other ADR mechanisms, the process is only as good as the third-party's style and expertise in the subject under dispute.

Canada

Legislated Hybrids

As previously noted, legislative provision may impose hybrid processes. An example is the *Cree-Naskapi (of Quebec) Act*,[103] which is a self-government agreement derived

---

[99] Legal counsel may have represented the parties throughout the mediation sessions.

[100] Ellen Zweibel, "Hybrid Processes: Using Evaluation To Build Consensus (Introduction)" in MacFarlane, *supra* note 97, 463 at 463 [Zweibel].

[101] *Ibid.*

[102] Institute on Governance, *supra* note 90 at 9.

[103] *Cree-Naskapi (of Quebec) Act*, S.C. 1984, c. 18 [*CNQA*].

from the 1975 James Bay and Northern Quebec Agreement (JBNQA) and the 1978 Northeastern Quebec Agreement (NEQA) with the Cree and Inuit in northern Quebec. There are no ADR process provisions in the original Agreements, however they are included in the *CNQA* and subsequent Implementation Agreements.[104] Part XII of the *CNQA* provided for the creation of the Cree-Naskapi Commission to privately investigate complaints arising from the JBNQA, NEQA or the *CNQA* implementation or lack thereof.[105] The Commission, a hybrid process, has the same failing as the Indian Claims Commission and Ombudsperson processes: Recommendations are non-binding on the parties.

Some of the Implementation Agreements provide for a three-stage series of ADR mechanisms starting with consultation, then mediation followed by arbitration. A mediated negotiation for the Implementation Agreement between Canada and the Makivik Corporation, representing the James Bay and Northern Quebec Inuit, in September 1990, included this format of ADR mechanisms.[106]

Ontario Courts Case Management

As already noted with respect to ADR techniques, evaluation provided by a third-party can be an important component in these mechanisms; it is often a form of reality check for the parties. Case management, which is also known as early neutral evaluation (ENE) in some jurisdictions, incorporates this component. In the Ontario case management system,[107] an objective non-binding assessment of the parties' positions and potential litigation success is completed by a master or judge during the case conference. The parties may decide to accept that assessment or not, and an agreement may be reached during this session as result of the judge's or master's evaluation. The master or judge presiding at the case conference may not preside at the case's subsequent trial or hearing.[108]

---

[104] L. Axton, *The Application of ADR within DIAND: An Inventory of Dispute Resolution Activities and Processes* (Ottawa: Indian and Northern Affairs Canada, 1994), at 40 [Application of ADR].

[105] *CNQA*, *supra* note 103, ss. 158-172.

[106] Application of ADR, *supra* note 104.

[107] Case management procedures, currently applicable to civil applications and actions in Ottawa and a portion of eligible Toronto cases which are chosen randomly, are governed by r. 77 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O 1990, Reg. 194. A number of exceptions apply depending upon the type of case; for example, cases to which the Toronto Family Case Management Rules apply (r. 77.01(2)(a)), or mortgage actions (77.01(2)(d.1)), among others. Case management along with fastracking a case, where there are fewer steps before getting to the actual court hearing, are methods employed in an attempt to reduce the workload experienced by the courts in Ontario.

[108] Ontario, *Rules of Civil Procedure*, r. 77.13(8) [Ontario Rules]

By authority of the Ontario *Courts of Justice Act*, case management masters are appointed by the Lieutenant-Governor in Council.[109] A qualified case management master must have been called to the Bar of a province or territory for a time prescribed by the regulations and/or been a judge for that period of time.[110] With a few exceptions, such as participation in alternative dispute resolution, case management masters apply the same rules of procedure and evidence as the provincial court.[111]

As part of the process, the parties are required to participate in mandatory mediation.[112] Strict time limits govern submission of the claimant's choice of mediator to the mediation co-ordinator as well as when the mediation must take place, unless court exception is ordered. If a mediator is not chosen by the claimant, one will be assigned by the co-ordinator, from a list maintained by the local mediation committee.[113]

Procedures required before the mediation session, and attendance at the session by the parties and their legal counsel, if any, must be complied with or the mediation co-ordinator will file a certificate of non-compliance.[114] Certificates of non-compliance are referred to a case management master or judge, and a variety of steps may result: The case management master may, for example, call for a case conference and issue an order for costs, strike documents, set a timetable for the action, dismiss the action, or make any order suitable to the specific circumstance.[115]

In common with mediation concepts already reviewed in this paper, confidentiality and the without prejudice status of mediation discussions are part of Ontario's mandatory mediation. Within ten days of concluding mediation, the mediator issues a report to the mediation co-ordinator and the parties. If a signed agreement has been made, a judgement order in the terms of the agreement may then be sought for enforcement purposes. The court may order continued mediation sessions, with the parties' consent, at any point in the process.[116] Failure to reach agreement in mediation means the action will continue and the next step is a case conference held by a case management master or judge.

---

[109] *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 86.1 [*OCJA*].

[110] *Ibid.*, s. 86.1(2).

[111] *Ibid.*, s. 86.1(7)-(8) and s. 87(2)-(3).

[112] Ontario Rules, *supra* note 108, r. 24.1.01-24.1.17.

[113] *Ibid.*, r. 24.1.07. (The mediation committee, whose membership appointed by the Attorney General for Ontario includes persons with a variety of legal experience, mediators, from general public, and possibly a judge, monitors mediators and handles complaints against them.)

[114] *Ibid.*, r. 24.1.10(5) and r. 24.1.12.

[115] *Ibid.*, r. 24.1.13(2).

[116] *Ibid.*, r. 24.1.16.

All the filing of material and discovery should be done by the time of the case conference. The case management master has time to review the material to make an assessment of the issues, facts and related law. Each of the parties presents a brief before the case conference. The master is able to assess the likely success of the application or action, based on the strengths and weaknesses of the parties' positions in the case and discuss it with the parties. A trial date will be set either by the master or by a judge. If no agreement is reached following this step, the case proceeds to court for an imposed settlement.

With respect to evaluating a case management system for lessons that might be applied in the on-reserve MRP context, reference to recent work in the Canadian family law context may by useful. Specifically, the California Special Masters Program was referenced during consultations held in Canada regarding "the best interests of the child" and mediation or mandatory mediation for resolving issues of custody and access during divorce or relationship breakdown.[117] It was reported that "[t]he Special Masters program in California should be assessed for its potential application in Canada. A 'special master' is someone who can deal with family issues but practices outside the court."[118] The California Special Masters mediate, arbitrate or do evaluations. The participant must be from an area that does not have case management by a Master.[119] Professor Zweibel includes comments on a study done of the California case management or ENE mechanisms in her chapter on hybrid processes. One of the differences she outlines between the California and Ontario case management methods is that in California, the case conference is held before discovery takes place. The suggestion in her materials is that consequently the parties may not have all the information needed to make appropriate decisions leading to an agreement.[120] However, the Ontario model conducts the mandatory mediation session under the same circumstances. There is the opportunity in the Ontario mechanism to delve into all the issues as agreed upon by the parties.

In their analysis of the California study, Rosenberg and Folberg note that a benefit derived by an attorney from the ENE process was a re-assessment of the merit of the case, due to a better understanding of the legal and factual issues, and clarification of the issues.[121] These authors suggest changes found in the settlement terms were

---

[117] IER Planning, Research and Management Services, "Custody, Access and Child Support in Canada, Report on Federal-Provincial-Territorial Consultations" (Presented to the Federal-Provincial-Territorial Family Law Committee) (Ottawa: Department of Justice Canada, 2001) at 71, online: Justice Canada <http://canada.justice.gc.ca/en/cons/fpt_cons/toc.html>.

[118] *Ibid.*

[119] Toronto area has *Toronto Family Case Management Rules*, O.Reg. 704/91 for managing family law cases. Civil case management is available in the Algoma and Essex Districts.

[120] Zweibel, *supra* note 100, at 489-90.

[121] H. Jay Folberg & Joshua D. Rosenberg, "Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis" 46 Stanford L.R. 1486 at 1538 cited in E. Zweibel, *ibid.*, at 490-91.

related to the parties' better understanding of the facts and law due to the ENE process, "rather than by either external pressure or frustrations, as may be the case with some settlements."[122] A court imposed settlement may elicit this type of reaction. A disadvantage noted in the California case management resides in the different styles imposed by the evaluator during the sessions, despite the training received. For instance, if the evaluator was trained in mediation, the ENE session was the same, more interaction by parties, or if interested in discovery, then there was almost no settlement discussion.[123]

As in any mediation situation, the mediator's style is important. The mediators on the local list may have different styles, resulting in potentially different outcomes. This difference is moderated by the presence of the mediation committee. The Ontario case management design allows for the two processes, mediation and case conference, to take place separately. The masters may not receive specific training for handling the case conferences but they have seven year terms[124] that allow for continuity.

In summary, the author suggests that the positive aspects of the Ontario case management system are that:

- It provides a format for out-of-court settlement;
- It allows for an objective assessment of the parties' arguments and legal issues;
- It includes the case conference which acts as a reality check for the parties; and
- It allows court enforcement of agreements reached.

The negative aspects or drawbacks are:

- It is still a process of the court system; therefore, if an agreement is not reached between the parties it proceeds to trial or hearing for resolution;
- It is designed to reduce costs but may add to the parties' expenses if extended mediation sessions are required and/or the case proceeds to court; and
- The master's or judge's evaluations at case conference are not binding.

Adjudicative Processes

Arbitration

Administrative tribunals, reviewed under their own rubric at the beginning of this paper, are an example of an adjudicative process, since those participating in the process follow the law, but are outside the actual legal system. Arbitration is an

---

[122] *Ibid.*, at 491.

[123] Zweibel, *supra* note 100, at 491.

[124] *OCJA*, *supra* note ?, s. 86.1(3).

adjudicative process that is closest to the court end of the spectrum of ADR mechanisms. The third-party(ies) neutral are decision-makers in this ADR process.

Arbitration as a format for dispute resolution may be the first avenue or the final one at the end of a series of other methods, such as negotiation or mediation sessions where an impasse was experienced in the process. The consensus aspect of the other ADR processes is lost in arbitration. The decision made by the arbitrator is binding on the parties. The parties' ownership in the resolution is lost if the full dispute is determined by the third-party. Conversely, only portions of the dispute or the issue creating the impasse may be resolved by the arbitrator. Labour disputes are commonly resolved by arbitration.

Depending on the source of the right to arbitrate, through legislation or informal agreement, the parties may have input on matters such as choosing the arbitrator(s), rules of evidence, method of presentation (oral or written), detailed issues to be addressed, rules for the process including a timetable, and what the parties are looking for in resolution. Legislation governing arbitration in the different provinces may impose required procedures depending on the subject matter. Participation in the procedure does give the parties a form of empowerment.

An advantage of arbitration is the parties will be regarded equally in their positions before the arbitrator panel, aside from the problems of resources available to prepare for the submissions or presentations to the panel. The process is private. The courts will enforce the agreements provided by the arbitrator unless there is an error or an appeal, much the same as administrative tribunals, thereby affording a measure of deference to the decision. Not all arbitrations provide for an appeal process. Further, benefits from arbitration settlement are the lower costs and time involved, although, there is some criticism that the processes are taking longer and are more costly.[125]

The disadvantage in the arbitration process, as noted already, is that the arbitrator makes a decision within the law without regard to agreement by the parties. The result is much like a court decision because arbitration is adversarial, resulting in a win/lose situation. Reasons do not have to be given by the arbitrator for the decision made.[126]

Canada

Treaty Four Governance Institute

The Treaty Four Governance Institute is part of a collective process by eleven First Nations in the Treaty Four area of Saskatchewan. The Institute is part of the Treaty Four Governance Model that promotes self-determination, self-government and the development of governance capacity. The basis of the collective is the Treaty Four Proclamation and Convention. The Institute is responsible for developing models of First Nation constitutions, laws and policy framework, providing professional advisory

---

[125] J.W. Hamilton, "Adjudicative Processes" in MacFarlane, *supra* note 97, 523 at 533.

[126] *Ibid.* at 534.

services, coordinating special governance projects and governance training.[127] The Institute is about the accessibility of justice for First Nation people and how to deal with the inherent right to self-government.

Daniel Bellegarde, Senior Governance Co-ordinator, Treaty Four Governance Institute, in his oral presentation at the 2002 CCAT Conference, suggested that working towards justice for First Nations involved the use of ADR processes. The problem according to him, is First Nation people do not trust the Canadian justice system, and trust is a required aspect of accessibility and participation in a fair, open and transparent process.[128] To meet the needs of the eleven Treaty Four First Nations, the Institute has incorporated the use of mediation, first level of dispute resolution, and adjudicative mechanisms, the second level for dispute resolution, in keeping with their peacemaking traditions. The base or starting point in resolving disputes is First Nation law.

The Treaty Four Administrative Tribunal's purpose is "to adjudicate disputes involving the application of First Nations law within the Treaty Four area."[129] Panel members are from the Treaty Four area. The Institute's mandate is to develop and train the panel members, which takes two years. The Tribunal was established to meet the following community needs:

- Internal appeals seen as biased and ineffective
- External systems are too distant and inefficient
- Dispute resolution is a key component to all governance developments
- Desire to incorporate "traditional" principles and practices in settling disputes
- Improve quality of life (by settling disputes).[130]

The Administrative Tribunal five-step procedure for handling a dispute appeal is: determination of Treaty Four jurisdiction, pre-hearing stage, the hearing, decision writing and after the decision.[131]

Lawyers for the appellant and respondent of the dispute appeal may be present during the hearing but do not take an active part. The Chair of the Tribunal conducts the proceedings. Each party presents an opening statement, a clause-by-clause review is done of the appeal, and panel members may ask questions. The appellant has to prove

---

[127] D.J. Bellegarde, "Treaty Four Governance Institute, The Treaty Four Justice System: Alternative Dispute Resolution Projects" (Paper presented to the 18th Annual CCAT Conference, Ottawa, 4 June 2002) [unpublished] at 6.

[128] *Ibid.* [orally].

[129] *Ibid.* at 14.

[130] *Ibid.* at 22.

[131] *Ibid.* at 16.

the position taken in the appeal. The more invasive aspect of litigation, cross-examination, is limited in the hearing process. An example of a Tribunal decision was the Cowessess Election appeal that alleged 15 election violations.[132] The election dispute was resolved in six weeks by the Tribunal compared to potentially two years through INAC and court processes.[133]

The mechanisms employed by the Treaty Four Governance Institute to resolve disputes within the eleven First Nations are community-based and driven. The First Nation people have direct input on the mandate and structure of the Institute including the Tribunal. Mr. Bellegarde asserts the "keys for justice are accessibility to the system, effectiveness, efficiency and non-bias."[134]

The process is empowering for the First Nation communities involved. A significant complaint amongst First Nations is the imposition of outside rules and procedures. The Institute and Tribunal alter the pattern, creating self-determination mechanisms. There was no mention of enforcement of the Tribunal's decision. The agreement to participate in the adjudicative process amounts to consenting to the binding Tribunal decision.

In summary, the author suggests that the positive aspects of the Treaty Four Governance Institute and Tribunal are:

- It has a tiered dispute resolution system;
- The Tribunal may include recommendations for ADR in its binding decisions;
- The starting place is First Nation law;
- It is mandated and structured by the collective First Nations;
- Costs to the disputing parties are reduced;
- Training for the Tribunal panel members who are from the Treaty Four communities is provided;
- The process avoids unilateral externally imposed decisions; and
- It provides an alternative to resolution in the Canadian justice system.

Drawbacks or negative aspects of the Treaty Four Governance Institute are:

- It provides the Administrative Tribunal with a limited jurisdiction; it has to stay within the First Nation legislation, is not able to make awards of costs or damages, and has no criminal jurisdiction;
- It relies on the agreement of the collective First Nations, which is harder to achieve on a larger scale, due to conflict of traditions and culture; and
- Although experiencing reduced costs over court, it still may be prohibitive for an

---

[132] *Ibid.* at 23.

[133] *Ibid.*

[134] *Ibid.* [orally].

individual.

Policing and Exclusive Possession of the Family Home

Police services are usually a provincial responsibility, however the federal responsibility for "Indians and Lands reserved for the Indians" means policing falls into federal jurisdiction on reserve.[135] The Department of the Solicitor General of Canada (SolGen) has had responsibility for First Nations Policing Policy[136] since 1992; the Aboriginal Policing Directorate is responsible for the implementation and administration of the Policy. SolGen, in partnership with First Nation communities or their regional organizations, and the provinces and territories, makes Tripartite Policing Agreements. The result is that reserves most commonly receive policing services from the RCMP-First Nations Community Policing Services (FNCPS) or establish their own police force, although other arrangements also exist which may incorporate policing from provincial or municipal forces.

Response to Domestic Violence

First Nations policing guidelines for handling family violence are adapted from the province in which the community is located. Therefore, the procedure may vary from one province or territory to another. In Ontario, the Policing Services Division's Model Police Response to Domestic Violence is composed of four guidelines. The four guidelines are:

- Domestic Violence Occurrences,
- Bail and Violent Crime,
- Criminal Harassment, and
- Preventing or Responding to Occurrences Involving Firearms.

The RCMP follow a modified form of the provincial guidelines but do not have any written guidelines for responding to violence in the home on reserve. The Ontario Model is a detailed procedure for officers to follow. A brief summary of the steps involved to remove the abuser and have the other family members stay in the home on reserve are:

1. The police respond to a complaint of violence. They respond to calls about threats by known abusers, parole violation, etc.
2. An investigation of the complaint takes place. The parties are questioned and so are witnesses. The officers are to ensure any children in the home are taken care of and are safe during the questioning and investigation.
3. Following the investigation, if the police are certain an assault or an

---

[135] *Constitution Act, 1867* (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3, s. 91(24), reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 5.

[136] *First Nations Policing Policy*, online: Solicitor General of Canada, <http://www.sgc.gc.ca/publications/abor_policing/fnpp_handbook_e.pdf>.

offence under the *Criminal Code of Canada*[137] has occurred the person will be charged.

4. When the abuser is charged, the police may intervene for the safety of the other family member(s) and ask the Justice of the Peace for an order of restriction (an undertaking) that the accused is to have no contact with the individual in the house or not come within 100 feet of them or the house.
5. The police can enforce the order issued by the Justice of the Peace because it is a court order.
6. Once the charges against the accused are settled in court, the undertaking does not continue in force. The police in conjunction with other on-reserve service providers such as wellness initiatives and social services may make recommendations for residency. The ultimate decision rests with the Band Council. The court does not determine the issue of residency.[138]

The order provided by the Justice of the Peace is only a temporary solution. It is not a permanent exclusive possession order.

RCMP Constable Wes Heron suggested to the author that a potential solution for the current non-application of provincial law to the division of matrimonial property on reserves might be found in a combination of the negotiated tripartite agreement for policing services with Band by-laws.[139] He provided his basis for this suggestion by an example from the Lexus Island First Nation, Prince Edward Island, which relates to child protection. The tripartite agreement incorporates the provisions of the relevant child protection laws applicable on the reserve. Before the RCMP can assist the provincial authorities in apprehending a child on reserve, a fax must be received from the Band's on-reserve social worker granting permission. The tripartite agreement delegates the social worker to provide approval for the apprehension. Without the agreement, the approval would have to come from the Chief and Council.[140] However, the author suggests that it is unclear in law whether the tripartite agreement/by-law combination could function in relation to exclusive possession of the home on reserve. Furthermore, not all First Nations have policing agreements.

Officer John Syrette, of the Anishinabek Police Services, described to the author the difficulty in getting Band by-laws prosecuted. He stated that First Nations ask for their by-laws to be enforced by the police services but there is no place to prosecute. He

---

[137] *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[138] Interview of RCMP Officer D. Gray by the author, (20 July 2002 at RCMP Headquarters, Ottawa) [Gray] and interview of RCMP Constable W. Heron by the author, (15 August 2002 at RCMP Headquarters, Ottawa) [Heron].

[139] Heron, *ibid.*

[140] Heron, *ibid.*

elaborated that there is no problem with enforcing traffic tickets, but by-law infractions are a problem. The provincial court will not handle the enforcement; Crown Attorneys in charge appear either not to know how to deal with the prosecution, or confused about it. Anishinabek Police Services has been asking the provincial courts to provide a specific date during the month to hear the First Nation by-law infraction cases, however as of discussion with the author, there had been no solution.[141]

The author suggests that a by-law designed to address the division of matrimonial property on reserves might encounter similar enforcement challenges unless jurisdiction and procedure for their prosecution are clearly established.

Role of Aboriginal Policing in ADR Enforcement

The agreements arising from ADR processes reviewed earlier in this paper are primarily designed to take the parties outside an official resolution forum such as court. Policing has no role in enforcing ADR agreements or resolution unless there is some court order attached.[142] Once the police are brought in for enforcement of an agreement, the process becomes official and the nature of the ADR mechanism is lost.[143]

Restorative Justice

Restorative Justice Initiatives, such as sentencing circles, allow for the stay of criminal proceedings while the accused follows through with an approved alternative process. A comprehensive review of the nature and practice of restorative justice is beyond the scope of this paper, however, it may for present purposes be said that the main goal in the criminal law context is resolution of the wrongdoing without incarceration. On successful completion of the alternative process, the accused's charges will be dropped. If the accused does not follow through, then the court charges and processes will continue.

Justice Canada started the Aboriginal Justice Strategy (AJS) approximately five years ago. Its objectives include supporting Aboriginal communities taking on greater responsibility in the administration of justice, assisting in the reduction of crime and incarceration rates in Aboriginal communities with justice programs, and fostering justice system improvements that respond to the needs of Aboriginal peoples. The AJS program now has partnerships in 90 Aboriginal initiatives in 280 communities. There are four program models that communities may adopt: "diversion or alternative measures;

---

[141] Interview of Anishnabek Police Services Officer J. Syrette by the author, (9 September 2002, Garden River, Ontario).

[142] *Ibid.*

[143] *Ibid.*

community sentencing and peacemaking; mediation and arbitration in family and civil case; and justice of the peace or tribal courts."[144]

The associated Aboriginal Justice Learning Network (AJLN) is a network of volunteers that are trained to facilitate various programs in the community. The volunteers are, for instance, community members, lawyers, justice personnel, judges, police officers and corrections officers and receive training as appropriate to facilitate community programs such as circle sentencing and peacemaking circles, community justice committees, court diversion programs, and Elders councils among others.

RCMP Aboriginal Policing Services are one of the AJLN partners who help train volunteer facilitators for their Community Justice Program.[145] The Community Justice Forums (CJF) training involves three areas of discussion. The three components to the CJF learning map are:

1. Traditional vs Restorative Approaches: The first component, represented by key theme words surrounding the process of CJF, outlines traditional and restorative approaches to justice.
2. The Processes of CJF: The second component or circle of the map illustrates the process of Community Justice Forums (CJF).
3. Theory of Community Justice Forums: The final inner circle of the learning map, represents the sociological and psychological theory behind the CJF process.[146]

The aim of the training is to engage the volunteers in discussing the issues in the three components.

Cheryl Joyce is a trainer for the RCMP and has travelled to many Aboriginal communities. She told the author that some of the communities have successfully established their Community Justice Programs and have Justice Committees and co-ordinators; however, to date an assessment of the communities implemented and their success rate has not been done.[147]

Aboriginal Courts in Canada

The theme of the Indigenous Bar Association's 2002 Spring Conference was "Specialized Tribunals and First Nations Legal Institutions." One of the specialized

---

[144] "The Aboriginal Justice Strategy", online: Justice Canada <http://canada.justice.gc.ca/en/ps/ajln/strat.html>.

[145] The Community Justice Program includes Group Family Conferences and Victim-Offender Models.

[146] RCMP Community, Contract and Aboriginal Policing Services, *Community Justice Forum Facilitator's Guide To The RCMP Learning Map* (Ottawa: RCMP, 2002) at 2, online: RCMP <http://www.rcmp-ccaps.com/ccaps.htm>.

[147] RCMP C. Joyce, (RCMP Cadet Training Facility, Regina: orally, 10 September 2002).

tribunals needed in Canada according to one presentation, is an Aboriginal and Treaty Rights Court. In this court, issues affecting treaty rights and "the regulation of the Crown's fiduciary relationship with Aboriginal peoples both inside and outside of treaty negotiations"[148] would be handled. Academics and Aboriginal organizations have called for a third legal court system for the Indigenous population in Canada to address Aboriginal over-representation in the criminal justice system. In his Spring Conference presentation, James (Sakej) Youngblood Henderson cited the constitutional supremacy of Aboriginal people in Canada and the judicial theory of convergence of rights and power, to substantiate establishing an Aboriginal Attorney General to protect Aboriginal and treaty rights.[149]

The Canadian Bar Association's magazine the *National*, in its June-July 2002 publication, described three Canadian courts for Aboriginal people only. The article by Amy Jo Ehman, entitled "A People's Justice," briefly covered the Saskatchewan Cree Court, Tsuu T'ina Nation Peacemaking near Calgary, Alberta and the Gladue (Aboriginal Persons) Court in Toronto, Ontario.[150] The statement heading the articles reads: "Three new Aboriginal courts are finding innovative solutions for the long standing problem of achieving justice for Aboriginal Canadians." The initiatives as outlined in the article are summarized below.

Saskatchewan Cree Court

The Saskatchewan Cree Court, established in October 2001, is the first Cree-speaking provincial court in Canada.[151] Judge Gerald Morin, Crown Counsel Don Bird and the Cree Court team travel to three northern Saskatchewan communities from Prince Albert to hold court there.[152] Cree and English are spoken in the court and the court provides translators. The aim of the Judge is to probe into the behaviour behind the offences and attempt to heal the situation without sending people to jail. Few people have been sent to jail but are diverted to programs that promote healing and restorative justice in the community.

Tsuu T'ina Nation Peacemaking

Tsuu T'ina Nation Peacemaking, which commenced in October 2000, is a traditional justice initiative where the Alberta provincial court operates beside the Peacemaker. The decision on which cases are sent to the peacemaking program is made by the

---

[148] A. Peeling & M. Stevenson, "The Creation of An Aboriginal and Treaty Rights Court" (Paper presented to the IBA Spring Conference: "Specialized Tribunals and First Nations Legal Institutions", 29-31 May 2002) [unpublished].

[149] J.(S.)Y. Henderson, "Aboriginal Attorney General" (Paper presented to the IBA Spring Conference: "Specialized Tribunals and First Nations Legal Institutions", 29-31 May 2002) [unpublished].

[150] A.J. Ehman, "A People's Justice" [*The Canadian Bar Association*] *National* 11:4 (June-July 2002) 12.

[151] *Ibid.* at 12.

[152] *Ibid.* at 12-13.

Peacemaker Coordinator and Crown counsel. The community Elders stated that offences involving homicide and sexual assault may not be part of the program. In addition, the accused must admit to being responsible for the offence and the victim has to agree to take part in the oval-shaped court setting.[153]

Judge Tony Mandamin presides over the court, which opens with a smudging ceremony and is held twice a month in the Tsuu T'ina council chambers. Those accused chosen for the peacekeeping program have their cases adjourned by the court and a trained Peacemaker arranges and presides in the circle that includes "members of the community, elders, resource people, the accused and the victim."[154] Again the aim of the process is restitution and healing for those involved and the community. The circle decides what form the healing and restitution will take, for example, addiction treatment and/or community service. At the completion of the peacemaking process, the accused goes back to the provincial court for a final disposition that may include dropping the charges or the issue of a peace bond to guard against reoffending. The process actually takes longer than regular criminal justice processes and means the files are open longer.[155]

Gladue (Aboriginal Persons) Court

Established in October 2001, the Gladue (Aboriginal Persons) Court, for downtown Toronto Aboriginal people charged with criminal offences, is held one and a half days a week in Old City Hall Court.[156] After talking to the accused, his acquaintances, and social services, Jonathan Rudin and Mandy Eason of Aboriginal Legal Services of Toronto provide the court with a history of the life of the accused in order that a fully informed sentencing decision may be made.[157] Sentences may not be any shorter but the alternative to incarceration may, as in Peacemaking court, be compulsory treatment and counselling. The accused participates in the Gladue Court voluntarily. Unfortunately, since there are no holding cells for females, Aboriginal women in custody go to regular court elsewhere.[158] In theory, this model of addressing criminal charges against Aboriginal people should work in other communities; however, the article points out that Toronto has both Aboriginal and non-Aboriginal social service programs to draw on, that smaller communities may not have.[159]

---

[153] *Ibid.* at 15.

[154] *Ibid.*

[155] *Ibid.* at 16.

[156] *Ibid.*

[157] *Ibid.*

[158] *Ibid.*

[159] *Ibid.*

Conclusion

The tribunals, ombuds and alternative dispute resolution mechanisms described in this paper present a variety of attributes which might be adapted to address the division of matrimonial real property on reserves on the breakdown of a relationship. Attention to cultural differences and traditions in First Nation communities is essential for a successful solution.

RECHERCHE D'UNE SOLUTION AU PROBLÈME DU PARTAGE DES BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX SITUÉS DANS UNE RÉSERVE APRÈS UNE RUPTURE CONJUGALE :

ÉTUDE DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS, DE LA FONCTION D'OMBUDSMAN ET DES MODES DE RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRE

par
Jo-Ann E.C. Greene

pour
Affaires indiennes et du Nord Canada
Direction des questions féminines et de l'égalité entre les sexes
(819) 953-9857

Mai 2003

Cette étude a été réalisée dans le cadre d'un mandat confié par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien à la consultante Jo-Ann E.C. Greene. Les points de vue qui y sont exprimés sont ceux de l'auteure et ne reflètent pas nécessairement ceux du Ministère.

Publié avec l'autorisation du ministre
des Affaires indiennes et du Nord canadien,
Ottawa, 2003
www.ainc-inac.gc.ca
1-800-567-9604
ATS seulement 1-886-553-0554

QS-7048-000-FF-A1
N° de catalogue R2-270/2003F
ISBN 0-662-89709-9

© Ministre des Travaux publics et
Services gouvernementaux Canada

This publication is also available in
English under the title:
Towards Resolving the Division of On-reserve Matrimonial Real Property Following Relationship Breakdown: A Review of Tribunal, Ombuds, and Alternative Dispute Resolution Mechanisms

Table des matières

Introduction 1

Les tribunaux administratifs 1
- Introduction 1
- Exemples de tribunaux administratifs 3
  - Canada 3
    - La Commission des revendications des Indiens 3
    - La Commission canadienne et le Tribunal canadien des droits de la personne 4
  - Australie 7
    - L'Australian National Native Title Tribunal 7
  - Nouvelle-Zélande 8
    - Waitangi Tribunal 9
    - Maori Land Court 11
- Autres observations au sujet des tribunaux administratifs 14

Les ombudsmans 16
- Introduction 16
  - Canada 17
  - Nouvelle-Zélande 19
- Autres observations au sujet des ombudsmans 20

Les modes de règlement extrajudiciaire 22
- La négociation 23
  - Canada 24
    - La *Ridgewood Foundation for Community-Based Conflict Resolution (Int'l)* 24
- La médiation 26
- Les formules mixtes 28
  - Canada 28
    - Les formules mixtes prescrites par la loi 28
    - La gestion des causes en Ontario 29

Les instances parajudiciaires 32
- L'arbitrage 32
  - Canada 33
    - Le Treaty Four Governance Institute 33
- Police et possession exclusive de la résidence familiale 36
  - Intervention en cas de violence domestique 36
  - Rôle de la police autochtone dans l'application des règlements extrajudiciaires 38
  - La justice réparatrice 38
- Les tribunaux autochtones au Canada 39
  - La *Saskatchewan Cree Court* 40
  - Le programme *Peacemaking* de la nation Tsuu T'ina 40
  - La *Gladue (Aboriginal Persons) Court* 41

Conclusion 41

RECHERCHE D'UNE SOLUTION AU PROBLÈME DU PARTAGE DES BIENS IMMOBILIERS MATRIMONIAUX SITUÉS DANS UNE RÉSERVE APRÈS UNE RUPTURE CONJUGALE :

ÉTUDE DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS, DE LA FONCTION D'OMBUDSMAN ET DES MODES DE RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRE

Introduction

Les tribunaux judiciaires canadiens ont jugé que les lois provinciales prévoyant une répartition à parts égales des biens immobiliers matrimoniaux ne s'appliquent pas aux femmes des premières nations parce que c'est la *Loi sur les Indiens*[1], et non les lois provinciales, qui régit les biens immobiliers dans les réserves. Or, puisque la *Loi sur les Indiens* ne traite pas des biens matrimoniaux, « la plupart des droits légaux et des recours judiciaires concernant le foyer matrimonial énoncés dans les lois canadiennes et s'appliquant en dehors des réserves ne concernent pas les personnes vivant dans les réserves »[2].

La Direction des questions féminines et de l'égalité entre les sexes d'Affaires indiennes et du Nord Canada a demandé à l'auteure de mener une étude des mécanismes de règlement extrajudiciaire, de leurs modalités d'application et des recours qui s'y rapportent. La présente étude a pour objet de décrire et d'évaluer les avantages et les inconvénients de ces mécanismes en évoquant, s'il y a lieu, la possibilité de les appliquer ou de les adapter au partage des biens immobiliers matrimoniaux situés dans une réserve au moment d'une rupture. Nous passerons donc en revue les tribunaux administratifs, la fonction d'ombudsman et les processus de règlement extrajudiciaire que sont la négociation, la médiation et les formules mixtes avant de nous pencher brièvement sur des aspects corollaires du partage des biens immobiliers, tels l'action policière, la possession exclusive de la résidence et les tribunaux autochtones. Dans les cas qui nous paraissent appropriés, nous examinerons la situation en Australie et en Nouvelle-Zélande.

Les tribunaux administratifs

Introduction

Le *Canadian Law Dictionary* donne la définition suivante de *tribunal* : "*An officer or body having authority to adjudicate judicial or quasi-judicial matters*[3]." Un tribunal administratif est

---

[1] *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5 [*Loi sur les Indiens*].

[2] Affaires indiennes et du Nord Canada, *Après la rupture du mariage - Informations sur le foyer matrimonial dans la réserve*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 2003 à la p. 1. On trouvera une étude détaillée des problèmes juridiques liés aux biens réels matrimoniaux situés dans une réserve notamment dans W. Cornet et A. Lendor, *Document de travail : les biens immobiliers matrimoniaux situés dans les réserves*, Ottawa, ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 2002. [Cornet]

[3] *Canadian Law Dictionary*, 4e éd., *s.v.* « tribunal ». [N.D.T. : « Instance, collégiale ou non, appelée à statuer sur des questions d'ordre judiciaire ou quasi-judiciaire » [**traduction du Bureau de la traduction**]. Les propos de l'auteure montrent que le terme est employé en anglais dans un sens restrictif qui correspond à la notion de « tribunal administratif », terme que nous retenons ici. En anglais, selon l'usage juridique répandu au Canada, "*court*" s'oppose à "*tribunal*", alors qu'en français, le mot « tribunal » est un générique qui englobe à la fois les

(à suivre...)

établi par une loi du Parlement fédéral ou d'une législature provinciale ou territoriale, qualifiée « d'habilitante », dans le but de procurer une solution de rechange à l'appareil judiciaire pour le règlement de certains types de litiges. La loi habilitante indique quelle est la compétence juridictionnelle du tribunal et sur quel genre de décisions particulière il est autorisé à statuer. Elle énonce aussi généralement des lignes directrices au sujet des modalités et de la procédure tout en définissant l'étendue et les limites de la compétence attribuée au tribunal, de ses voies d'exécution et des recours qui sont ouverts le cas échéant à l'encontre de ses décisions. Pour que les parties soient liées en droit par la décision du tribunal administratif, il faut que la loi habilitante le précise. Par ailleurs, si un tribunal administratif sort du champ juridictionnel que lui attribue sa loi, il commet une erreur de droit et sa décision ou sa mesure peut être cassée ou infirmée au moyen d'un appel interjeté au tribunal judiciaire compétent.

Peter Showler, président de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, rappelle que les tribunaux administratifs ne sont pas homogènes : il existe au Canada au moins 1 500 tribunaux administratifs dont les statuts sont des plus variés, allant des organes quasijudiciaires aux organismes de réglementation, traitant de politique gouvernementale ou chargés de fonctions administratives[4]. La jurisprudence canadienne a établi qu'un tribunal administratif doit respecter les principes de justice naturelle et d'équité procédurale. Les tribunaux administratifs, qui constituent ce qu'on appelle parfois la « justice administrative », se distinguent souvent de l'appareil judiciaire par leurs procédures simplifiées, par le fait qu'ils ne conservent pas de transcription officielle et par l'absence de motivations écrites de leurs décisions. Tous les tribunaux administratifs ne requièrent pas nécessairement la tenue d'une audience ni la présentation de mémoires pour prendre connaissance des positions; par exemple, dans certaines provinces, c'est un tribunal administratif qui statue sur les demandes de permis d'alcool. Un tribunal peut être constitué d'une seule personne ou d'une formation collégiale. La justice de ses décisions est intimement liée à l'impartialité de ses membres et à leur indépendance par rapport au gouvernement et à toute autre influence externe.

Comme nous l'avons vu dans l'introduction de la présente étude, les tribunaux judiciaires ont jugé que le partage des biens immobiliers matrimoniaux situés dans une réserve au moment d'une rupture conjugale relève du droit fédéral. Autrement dit, le gouvernement fédéral pourrait combler le vide législatif actuel au moyen d'une loi instituant un tribunal administratif chargé de cette question. Si cette loi devait ouvrir des voies de recours à une juridiction d'appel, celles-ci relèveraient de la Cour fédérale du Canada.

---

[3](...suite)
cours de justice, la juridiction judiciaire, et les tribunaux administratifs, la juridiction administrative. On distingue encore au Canada les tribunaux administratifs, qu'on qualifie d'instances judiciaires ou quasi-judiciaires, des organismes administratifs purs et simples, les premiers statuant sur les droits des parties, les seconds appliquant des politiques administratives. Les tribunaux administratifs sont en fait des "organismes" administratifs d'un genre particulier dotés d'une compétence juridictionnelle (dite « judiciaire ou quasi-judiciaire »); en tant qu'organismes administratifs ils sont sujets au contrôle (judiciaire) des tribunaux judiciaires : les cours de justice.]

[4] Peter Showler, « La gestion du tribunal : pour une agilité accrue », communication présentée au 18e Congrès annuel du Conseil des tribunaux administratifs canadiens, Ottawa, 3 juin 2002 [non publié, co-auteur : L. Disenhouse], en ligne : Conseil des tribunaux administratifs canadiens <http://www.ccat-ctac.org/fr/conferences/docs/2002_showler.pdf>.

Exemples de tribunaux administratifs

Canada

La Commission des revendications des Indiens

La Commission des revendications des Indiens (CRI) a été créée par décret en 1991 en tant qu'organe provisoire pour régler les dossiers de revendications particulières rejetées sans passer par l'appareil judiciaire. Commission d'enquête relevant de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*[5], la CRI doit par conséquent se limiter à la formulation de recommandations après étude des motifs de rejet. Les formations de la CRI examinent tous les éléments de preuve dont ils disposent pour déterminer si le Canada continue d'avoir une obligation légale à l'égard du demandeur selon la politique canadienne relative aux revendications particulières[6].

Si nous nous attardons à la CRI, c'est parce que son fonctionnement s'apparente à celui d'un tribunal administratif et aussi parce que la CRI a accumulé un riche corpus depuis son institution, il y a plus de dix ans, sur les règles devant s'appliquer à un organe indépendant et permanent d'étude des revendications particulières[7]. Ainsi, les recommandations de la CRI pourraient intéresser quiconque envisage la création d'un tribunal administratif pour le règlement des dossiers de partage des biens immobiliers matrimoniaux situés dans une réserve.

La principale recommandation de la CRI est la suivante : que l'organe saisi des revendications particulières puisse statuer comme une instance décisionnelle et que ses décisions lient les parties[8]. On recommande en outre qu'il soit indépendant de toute influence extérieure[9]. Voici quelques autres recommandations liées spécialement à la CRI :

> [TRADUCTION]
>
> a) La Commission devrait avoir le mandat de formuler des conclusions sur les faits et de rendre des décisions au sujet de toutes les revendications [...].
> b) Elle devrait avoir le mandat d'instaurer des mécanismes de règlement extrajudiciaire tels que la négociation, la médiation et la conciliation, ainsi que le pouvoir d'y rattacher des délais.
> c) Elle devrait avoir le pouvoir de prendre certaines libertés à l'égard des des règles strictes de procédure et de preuve pendant ses audiences afin de pouvoir adopter une approche biculturelle.

---

[5] *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. 1985, c. I-11.

[6] Canada, *Dossier en souffrance : Une politique des revendications des autochtones - Revendications particulières*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1982.

[7] Déposée par Robert Nault, ministre d'Affaires indiennes et du Nord Canada, le 13 juin 2002 pendant la 1re session de la 37e législature à titre de projet de loi C-60, et actuellement au Feuilleton de la 2e Session à titre de projet de loi C-6, la *Loi sur le règlement des revendications particulières*, une fois promulguée, créera un organe permanent appelé le Centre canadien de règlement indépendant des revendications particulières.

[8] D. Bellegarde et P.E. Prentice, *Droits de la personne, justice et nécessité d'un organisme indépendant d'examen des revendications au Canada*, mémoire présenté au Comité permanent de la Chambre des communes sur les affaires autochtones, 29 mai 2001 à la p. 4 [non publié].

[9] *Ibid.* à la p. 12.

d) Elle devrait être un organe national où les régions et les premières nations de tout le pays sont bien représentées dans toute leur diversité.
e) Le nombre de commissaires devrait être suffisant pour permettre la tenue de plus d'une audience à la fois. Chaque commissaire devrait être rattaché à une région.
f) Les commissaires devraient bien connaître le domaine des revendications territoriales et leurs enjeux. Ils devraient être nommés à la fois par le gouvernement fédéral et par les premières nations selon une formule paritaire.
g) La Commission devrait disposer de ressources, notamment financières, suffisantes pour exécuter son mandat et pour procurer des ressources financières aux auteurs des revendications.
h) La Commission devrait jouer un rôle actif dans les règlements extrajudiciaire et devant les instances qui le facilitent.
i) Une voie de recours à la Cour supérieure devrait être ouverte, sur les mêmes bases que celles qui s'appliquent aux appels des décisions d'un tribunal administratif[10].

Ces recommandations recensent en fait les lacunes du processus actuel de la CRI. Bien qu'elles visent spécialement les revendications particulières, elles ne sont pas sans intérêt pour quiconque envisage l'établissement d'un tribunal administratif mandaté pour statuer sur les biens immobiliers matrimoniaux situés sur une réserve.

Le processus d'enquête de la CRI se distingue notamment par la « session communautaire », séance collective de témoignages à l'occasion de laquelle la CRI et les parties en présence se rendent dans la collectivité de la première nation en cause. La formation de la Commission qui doit statuer sur l'existence d'une obligation juridique entend le témoignage des aînés et des membres de la collectivité et une transcription de la séance est versée au dossier. La session communautaire a pour objet de fournir aux membres des premières nations une occasion de s'exprimer sans crainte, dans un cadre informel; il n'y a pas de contre-interrogatoire. Un autre avantage de la session communautaire réside dans le fait que la formation de la Commission peut voir les lieux.

La Commission canadienne et le Tribunal canadien des droits de la personne

La *Loi canadienne sur les droits de la personne*[11] traite de la constitution de la Commission canadienne et du Tribunal canadien des droits de la personne (CCDP et TCDP) et leur attribue leur compétence. Cette loi porte sur la discrimination et l'équité salariale pour les ministères, les sociétés et les fournisseurs de services au grand public fédéraux. La Commission et le Tribunal ont tous deux pour but de faire respecter le principe selon lequel « les Canadiens ont droit à l'égalité des chances, au traitement équitable et à un

---

[10] La CRI a publié ces recommandations visant la création d'un organe permanent d'examen des revendications particulières dans un numéro spécial sur la réforme des revendications territoriales : A. Durocher, *La réforme du processus des revendications territoriales* [1995] 2 ACRI 25 aux pp. 57-58.[Traduction du Bureau de la traduction.]

[11] *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6 [*LCDP*].

environnement exempt de discrimination »[12]; cependant, sur le plan administratif, ils fonctionnent séparément.

La première étape, pour faire valoir un droit, consiste à porter officiellement plainte à la CCDP. Le Tribunal n'entend que les plaintes dont il est saisi par la Commission. Avant qu'une plainte soit officiellement reçue, un responsable détermine si la question relève de la *LCDP* et, par conséquent, de la CCDP.

Il y a deux moments, au cours de la procédure suivie devant la CCDP, où l'on suggère une voie extrajudiciaire. Premièrement, après le dépôt de la plainte, l'agent de la CCDP suggère la médiation; deuxièmement, une fois que la Commission a étudié le rapport de l'enquêteur, les prétentions des parties en réponse et recherché si les preuves rapportées semblent confirmer la plainte, on nomme un conciliateur, qui tente de trouver une solution de concert avec les parties sans recourir à une procédure plus formelle. S'il n'y a pas règlement passé un certain délai, la Commission, soit déboute le plaignant, soit saisit le TCDP de la plainte.

Si une entente intervient en cours d'instance devant la Commission, celle-ci peut soit l'approuver, soit la rejeter[13]. Si elle l'approuve, elle ou une des parties peut demander une ordonnance de la Cour fédérale pour la faire appliquer. Les termes de la *LCDP* impliquent que cette ordonnance n'est pas indispensable[14].

Une entente entre deux parties ou plus, qu'elle soit verbale ou écrite, constitue un contrat dont l'application peut être forcée en vertu des règles du droit conventionnel au besoin[15]. Il vaut toujours mieux conclure un accord écrit, signé devant témoins, parce que la preuve de ce genre de contrat est plus facile à faire. Cependant, si une partie peut prouver qu'elle a conclu une entente sous la contrainte ou par abus d'influence, une cour de justice peut déclarer le contrat nul et non avenu, qu'il soit verbal ou écrit, comme s'il n'avait jamais existé. Puisque l'inégalité entre conjoints, par mariage ou de fait, et la violence domestique constituent des problèmes fréquents dans une rupture, il pourrait peut-être s'avérer utile d'examiner les ententes conclues entre conjoints au sujet du partage des biens immobiliers situés sur une réserve selon un modèle comparable à celui de la CCDP, surtout en vue de s'assurer, entre autres, que l'entente ne résulte pas d'une contrainte ou d'un abus d'influence.

Si la plainte est renvoyée au TCDP, une formation du tribunal, composée d'un membre unique ou de trois, choisis par la présidence du Tribunal, procède à son instruction. Si la formation se compose de trois personnes, la présidence en nomme une pour présider les travaux pendant l'instruction. La présidence peut aussi faire partie de la formation et la présider.

---

[12] [Page d'accueil], en ligne : Tribunal canadien des droits de la personne <http://www.chrt-tcdp.gc.ca/index_f.asp>.

[13] *LCDP*, *supra* note 11, art. 48(1).

[14] *Ibid.*, art. 48(3).

[15] En supposant que les éléments fondamentaux d'un contrat sont présents dans l'entente.

La formation est habilitée à examiner toutes « les questions de droit et les questions de fait dans les affaires dont [elle] est saisi »[16]. Le TCDP n'est pas lié par les règles de preuve et peut admettre toute information pertinente ne faisant pas l'objet du secret professionnel. La formation bénéficie d'une certaine latitude en ce qui concerne le choix des parties à mettre en cause, les délais de procédure, le choix des éléments de preuve, leur mode d'administration et l'indemnisation des témoins cités. Elle a le pouvoir de citer des témoins, de les contraindre à comparaître et de leur faire prêter serment[17].

Une formation du TCDP peut condamner aux dépens et au paiement d'indemnités. L'homologation judiciaire de cette ordonnance aura pour effet que, si la partie condamnée n'exécute pas l'ordonnance, un recours, à la Cour fédérale, sera ouvert à la partie adverse. À tout moment, en tout état de la cause, lorsque la Commission ou le Tribunal rend une décision, une des parties peut en demander le contrôle à la Cour fédérale.

Les deux occasions prévues dans la procédure de la CCDP pour proposer une voie extrajudiciaire concourent à la fonction générale d'un tribunal administratif, soit chercher des solutions de règlement extrajudiciaire. D'ailleurs, même si la CCDP n'arrive pas à dénouer l'affaire et que celle-ci est renvoyée au TCDP, on demeure en marge de l'appareil judiciaire. Lorsque le TCDP est saisi d'un dossier, les parties peuvent encore conclure une entente avant que l'instruction de la plainte ne soit décidée. Dès lors que l'instruction a été décidée, les parties n'ont d'autre choix que de s'en remettre à l'ordonnance qui les liera.

La formule double Commission-Tribunal entraîne parfois des longueurs. Il peut en résulter des difficultés morales et financières, surtout pour le plaignant. Ces facteurs sont importants quand on cherche à établir des mécanismes appropriés pour la résolution des problèmes de partage des biens immobiliers matrimoniaux situés dans une réserve au moment d'une rupture conjugale.

En résumé, l'auteur estime que les aspects avantageux de la Commission canadienne des droits de la personne sont les suivants :

- Sa procédure prévoit des possibilités de règlement extrajudiciaire;
- Elle favorise les programmes éducatifs sur la discrimination;
- Elle saisit le Tribunal des plaintes au nom du plaignant.

Les aspects avantageux du Tribunal canadien des droits de la personne sont les suivants :

- La présidence est habilitée à rédiger des règles pertinentes de procédure pour le Tribunal.
- Les décisions du Tribunal lient les parties et leur exécution peut être demandée aux tribunaux judiciaires.

Les inconvénients de la CCDP et du TCDP sont les suivants :

- La Commission peut demeurer saisie d'une plainte pendant des années avant de la déférer au Tribunal.
- La formule à deux têtes nécessite un effectif important, car un enquêteur ne peut

---

[16] *LCDP*, *supra* note 11, art. 50(2).

[17] *Ibid.*, art. 50(3)*a*)-*b*).

être conciliateur et ni l'enquêteur ni le conciliateur ne peuvent être membres du Tribunal.

Australie

L'Australian National Native Title Tribunal

Mabo v. Queensland (No. 2)[18] est la première affaire judiciaire en Australie dans laquelle a été reconnue l'existence du titre aborigène et du droit des Autochtones de jouir de leur territoire traditionnel lorsqu'il existe encore. À la suite d'un arrêt de la *High Court of Australia*, le gouvernement fédéral a adopté la *Native Title Act 1993*[19], qui institue un tribunal administratif indépendant, le *National Native Title Tribunal* [le Tribunal national sur le titre aborigène] (NNTT).

Lorsque la *Federal Court* est saisie d'une requête concernant un titre aborigène, elle la renvoie au NNTT pour que celui-ci vérifie si la partie demanderesse a droit à l'enregistrement[20]. Dans l'affirmative, le Native Title Registrar[21] enregistre la requête, ce qui accorde certains droits à la partie demanderesse durant l'instance.

Le NNTT ne peut statuer sur l'existence du titre aborigène. Son mandat est de réunir les parties afin qu'ils s'entendent sur les droits et sur les autres intérêts liés au titre aborigène par la négociation, la médiation ou les bons offices et l'arbitrage[22]. Pour ce faire, le NNTT facilite notamment les négociations portant sur l'utilisation future et l'aménagement du territoire pouvant faire l'objet d'un titre aborigène, par exemple sur la possibilité ou non d'y mener des activités de prospection ou d'exploitation minière ou d'y faire passer un pipeline[23].

La *Native Title Act* autorise la *Federal Court* à rendre une ordonnance homologuant l'entente conclue entre les parties à l'issue de la médiation ou de l'arbitrage du NNTT dès lors qu'elle juge que la teneur de cette entente est de sa compétence d'homologation. L'entente

---

[18] *Mabo v. Queensland (No. 2)*, (1992) 175 CLR 1 (H.C. Aust.).

[19] *Native Title Act 1993*, No. 110, 1993, en ligne : SCALEplus Law Resource <http://scaleplus.law.gov.au/html/pasteact/2/1142/pdf/NativeTitle93.pdf> [*Native Title Act*]; [Loi sur le titre aborigène].

[20] *Ibid.*, 63, 64(4), 190A(6).

[21] Les modalités de nomination et les pouvoirs du *Native Title Registrar* [le Conservateur du registre des titres aborigènes], responsable du *Register of Native Title Claims* [Le Registre des revendications de titres aborigènes], du *National Native Title Register* [le Registre national des titres aborigènes] et du *Register of Indigenous Land Use Agreements* [le Registre des accords d'usage des territoires indigènes], sont précisés dans la partie 5 de la *Native Title Act*.

[22] Selon la modification apportée par la *Native Title Amendment Act 1998*, No. 97, 1998 [la Loi modifiant la Loi sur le titre aborigène] .

[23] La facilitation de la négociation des Indigenous Land Use Agreements fait aussi partie des fonctions du NNTT. Il existe plusieurs types d'Indigenous Land Use Agreements, et tous ont une valeur contractuelle une fois signés. Pour en savoir plus, consulter la division 3 de la partie 2 de la *Native Title Act*, intitulée *Future acts etc. and native title*. Voir aussi P. Lane, « A Quick Guide to ILUAs For Governments », communication présentée au National Native Title Tribunal Agreements Workshop, Melbourne (Australie), 13 septembre 2000, en ligne : National Native Title Tribunal <http://www.nntt.gov.au/metacard/files/Speech/Quick_Guide_to_ILUAs_for_Governments.pdf> à la p. 3.

homologuée ne comporte pas nécessairement la reconnaissance d'un titre aborigène car les parties peuvent parfois se satisfaire d'accords qui ne règlent pas ce point[24].

Si les parties ne parviennent pas à un accord devant le NNTT, la *Federal Court*, après audition de témoignages sur les intérêts respectifs des parties, soit renvoie l'affaire au NNTT pour médiation, soit, après audience et débats, statue sur la question du titre aborigène[25].

La fonction du *National Native Title Tribunal* en Australie est essentiellement administrative. Il n'y a que deux points sur lesquels le tribunal dispose d'une certaine marge de manoeuvre : le premier consiste à déterminer si la requête répond aux critères d'enregistrement, ce qui accorde un statut spécial à la partie demanderesse en attendant l'issue du dossier; le second consiste, pendant les séances d'arbitrage et à la demande de la Federal Court, à rendre une décision convenue en fonction des éléments de preuve.

En résumé, nous estimons que les aspects avantageux du *National Native Title Tribunal* sont les suivants :

- Tous les intéressés sont invités à participer.
- Il fournit une voie de rechange au recours judiciaire.
- Les ententes conclues entre les parties ont une valeur contractuelle aux fins de leur exécution.
- La Federal Court peut rendre une ordonnance pour forcer l'exécution d'une entente.

Les inconvénients du *National Native Title Tribunal* comprennent les suivants :

- Le NNTT n'aucune compétence juridictionnelle (quasi-judiciaire), il ne peut statuer sur la question du titre aborigène.
- Malgré un statut d'indépendance, le NNTT demeure rattaché à la *Federal Court*.
- La procédure suivie au NNTT n'a rien à voir avec les modes autochtones de règlement des litiges.

Nouvelle-Zélande

Si le Canada a signé de multiples traités avec ses Autochtones, le peuple autochtone de Nouvelle-Zélande, les Maoris, n'en a conclu qu'un seul avec le gouvernement colonial britannique : le traité de Waitangi en 1840. La *Treaty of Waitangi Act, 1975*[26], promulguée aux fins de l'exécution des dispositions du traité, prévoit la création d'une commission d'enquête

---

[24] *Native Title Act*, *supra* note 19, art. 87.

[25] On trouvera un schéma de la procédure dans la publication du NNTT intitulée *What happens when there is a native title application?*, en ligne : National Native Title Tribunal <http://www.nntt.gov.au/publications/data/files/NTF_1d.pdf>.

[26] *Treaty of Waitangi Act 1975* (N.Z.), 1975/114, 33 RS 907, mod. par 1977/178, 1985/148, 1988/233, 1993/92, 1998/13, en ligne : New Zealand Legislation – Statutes <http://www.legislation.co.nz/browse_vw.asp?content-set=pal_statutes> [*Treaty of Waitangi Act*].[Loi sur le traité de Waitangi].

permanente appelée le Waitangi Tribunal. Quant à la Maori Land Court, également créée par la loi, elle enregistre les titres de propriété foncière et traite des questions relatives aux titres fonciers. Voyons tour à tour ces deux mécanismes mis sur pied pour traiter des questions territoriales maories.

Waitangi Tribunal

À titre de commission d'enquête, le *Waitangi Tribunal* fonctionne selon une formule analogue à celle de la Commission des revendications des Indiens du Canada. Son mandat est d'examiner les allégations des Maoris lorsque ceux-ci prétendent que certaines politiques ou mesures de l'État ne respectent pas les droits ou les dispositions des versions anglaise et maorie du Traité[27]. Sauf une exception à portée limitée, le tribunal ne peut que formuler des recommandations et n'a pas le pouvoir de contraindre les parties à les respecter. Quant à l'exception, un pouvoir exprès de lier les parties dans certains cas particuliers, une publication du *Waitangi Tribunal* la décrit en ces termes :

> [TRADUCTION]
>
> Dans certains cas rares, le Tribunal a le pouvoir de formuler des « recommandations contraignantes » concernant la restitution de certaines terres aux Maoris. [...]
>
> Si le Tribunal formule une recommandation contraignante, celle-ci est d'abord provisoire pendant 90 jours. Ce délai permet à la Couronne et aux demandeurs de conclure une entente négociée qui remplacera la recommandation, éventuellement en reprenant certains de ses éléments. Si une entente est conclue dans les 90 jours, le Tribunal modifie sa recommandation pour reconnaître la teneur de l'entente. Sinon, la recommandation provisoire entre en vigueur et la Couronne doit l'appliquer. Si des terres doivent être restituées aux Maoris en vertu de la recommandation contraignante, l'ancien propriétaire est indemnisé en vertu de la *Public Works Act*[28].

Ce genre de pouvoir est inhabituel pour une commission d'enquête, et il est indéniable que la Commission des revendications des Indiens du Canada n'en a pas de comparable. À ce sujet, l'observation suivante est particulièrement intéressante :

> [TRADUCTION]
>
> En 25 ans d'existence, le tribunal n'a utilisé ce pouvoir contraignant qu'une seule fois, en 1998, dans l'affaire de la revendication touchant le canton de Turangi. Une ordonnance contraignante de 90 jours a été rendue, mais la Couronne a

---

[27] On trouvera un schéma de la procédure de revendication du Waitangi Tribunal dans G. Melvin, *The Claims Process of the Waitangi Tribunal: Information for Claimants*, Wellington (N.-Z.), Waitangi Tribunal, 2001 à la page 45, en ligne : Waitangi Tribunal <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/doclibrary/TheClaimsProcessoftheWT.pdf>.

[28] « Frequently Asked Questions », en ligne : Waitangi Tribunal <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/faq/>. [« *Public Works Act* » : Loi sur les travaux publics.][**Traduction du Bureau de la traduction**.]

réagi avant l'expiration du délai et a pu conclure une entente avec les demandeurs[29].

Le *Waitangi Tribunal* est considéré comme faisant partie du système judiciaire en Nouvelle-Zélande. Pour faciliter les recherches communes et pour que l'instruction se déroule dans le ressort de la revendication, on a divisé le pays en 37 ressorts, appelés districts[30]. Les services administratifs sont assurés par la *Waitangi Tribunal Business Unit* du *Department for Courts*[31].

C'est une formation de trois à sept personnes sélectionnées parmi les membres du tribunal par la présidence de ce dernier qui instruit. Au moins un membre de la formation doit être maori[32].

Sur quels plans le *Waitangi Tribunal* et la procédure qui s'y rapporte peuvent-il alimenter notre réflexion sur le règlement des litiges liés aux biens immobiliers matrimoniaux? Remarquons tout d'abord que le *Waitangi Tribunal*, en tant que commission d'enquête, présente la même faiblesse que la Commission des revendications des Indiens du Canada, à savoir qu'il est dénué d'un pouvoir décisionnel réel et de pouvoirs quasi-judiciaires qui veulent dire quelque chose. Le *Waitangi Tribunal* présente toutefois une caractéristique unique, à savoir le pouvoir de formuler une recommandation contraignante valable pendant un délai de 90 jours reportable pendant que les parties tentent de s'entendre sur une formule qui remplacera la recommandation tout en la reprenant globalement ou partiellement. Ce pouvoir peut inciter les parties à négocier. Cependant, puisque le tribunal ne s'en est prévalu qu'une fois depuis sa création il y a plus de 25 ans[33], on peut en conclure qu'avant d'accorder des pouvoir exceptionnel dans un contexte législatif éventuel de règlement des conflits liés aux biens immobiliers matrimoniaux, il y aurait lieu de s'interroger sérieusement sur le caractère pratique de ces pouvoirs et sur la probabilité qu'ils soient exercés.

Un des aspects recommandables du *Waitangi Tribunal* réside dans le processus de sélection des membres de la formation qui sera saisie, qui facilite l'adaptation aux particularités de la revendication; par exemple, selon la nature de la revendication, on peut

---

[29] *Ibid.* **[Traduction du Bureau de la traduction]**

[30] « Introduction to District Inquiries », en ligne : Waitangi Tribunal <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/inquiries/districtclaims>.

[31] « The Waitangi Tribunal Business Unit », en ligne : Waitangi Tribunal <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/about/waitangitribunal/businessunit/>.[N.t.D : « *Waitangi Tribunal Busines Unit* » :Service du tribunal Waitangi; « *Departments for Courts* » : Départements des tribunaux.]

[32] *Treaty of Waitangi Act*, *supra* note 26, art. 4.

[33] De cette occurrence unique sur une aussi longue période, on pourrait déduire soit que les membres du tribunal ont toujours été d'un naturel conservateur, soit que saisir le tribunal est tellement efficace qu'il est rarement nécessaire d'exercer ce pouvoir. Cependant, en 2000, l'avocat spécialisé en droits des Autochtones de Nouvelle-Zélande Maui Solomon a déclaré que le tribunal s'était abstenu de recourir à ce pouvoir contraignant malgré que des forêts domaniales et que des biens appartenant à l'État avaient été vendus à des entreprises étrangères, ce qui aurait constitué un bon motif de l'exercer. M. Solomon a ajouté : « Un ministre de la Justice a déjà menacé d'abolir ce pouvoir si jamais il était exercé ! » **[traduction du Bureau de la traduction.]** Voir Maui Solomon, « Intellectual Property Rights and Indigenous Peoples['] Rights and Obligations », communication présentée au Forum mondial sur la biodiversité du Programme des Nations Unies pour l'environnement, 15 mai 2000, en ligne : In Motion Magazine <http://www.inmotionmagazine.com/ra01/ms2.html>.

nommer un historien ou un membre de la collectivité possédant des connaissances traditionnelles[34]. Cependant, la majorité des membres du tribunal ont une formation en droit. L'inclusion de membres maoris constitue un exemple à suivre, de même que l'obligation légale de tenir compte de la version maorie du traité de Waitangi, ce qui permet la coexistence du protocole maori et des exigences juridiques anglaises au cours du déroulement de l'instruction. En outre, le tribunal peut s'adapter aux coutumes tribales locales en tenant ses audiences dans le sous-district d'instruction, et les témoignages peuvent être exprimés en maori[35].

En résumé, nous estimons que les aspects recommandables du *Waitangi Tribunal* sont les suivants :

- Sa procédure peut être adaptée au protocole traditionnel pour chaque collectivité tribale.
- L'utilisation de la langue autochtone à l'audience au moment de l'instruction est prévue, ainsi que pour l'étude des principes du Traité.
- Il est possible d'empêcher la délivrance unilatérale par la Couronne d'autorisations d'exploitation des ressources naturelles des terres grevées d'un titre aborigène en recourant à un pouvoir contraignant exceptionnel d'abord provisoire, puis permanent s'il le faut.
- La procédure de sélection d'une formation du tribunal permet l'inclusion d'aînés, de membres de la collectivité, de spécialistes du domaine et de personnes-ressources possédant un savoir traditionnel sur les questions à l'étude telles que les plantes et les forêts.

Les inconvénients du *Waitangi Tribunal* comprennent les suivants :

- Il n'est pas doté d'un pouvoir décisionnel ou quasi-judiciaire complet qui lui permettrait de contraindre les parties à respecter ses conclusions et ses recommandations.
- L'instruction peut s'avérer longue en raison de la nécessité de s'adapter à l'emploi du temps des membres du tribunal nommés à temps partiel.

Maori Land Court

Comme le *Waitangi Tribunal*, la *Maori Land Court* fait partie du système judiciaire en Nouvelle-Zélande et est administrée par le *Department for Courts*. C'est en 1993 que la *Maori Land Court* actuelle remplace la *Native Land Court*, créée par une loi de 1865. La *Te Ture*

---

[34] « The Waitangi Tribunal Members », en ligne : Waitangi Tribunal <http://www.waitangi-tribunal.govt.nz/about/waitangitribunal/wtmemb/>.

[35] E. Stokes, « The Treaty of Waitangi and the Waitangi Tribunal: Maori Claims in New Zealand » dans G. Cant, et al., dir., *Indigenous Land Rights In Commonwealth Countries: Dispossession, Negotiation and Community Action*, actes d'un atelier du Commonwealth Geographical Bureau tenu à Christchurch en février 1992, Christchurch (N.-Z.), Department of Geography, University of Canterbury et Ngai Tahu Maori Trust Board,1993, 66 à la p. 72.

Whenua Maori Act 1993 (*Maori Land Act 1993*)[36] est une loi volumineuse de 362 articles et deux annexes qui traite de la compétence, des pouvoirs et de la structure de la *Land Court* et de la *Appellate Court* et qui comporte aussi des dispositions sur la procédure, les règles et les règlements.

À l'origine, la *Native Land Court* avait pour objet d'enregistrer les titres coutumiers de propriété foncière maoris et de les traduire en concepts juridiques européens. Les Maoris devaient prouver leurs droits à l'égard d'un territoire par l'occupation, par la conquête ou par l'ascendance. La coutume qui consistait à faire don d'une terre était aussi reconnue. Le mandat de la nouvelle *Maori Land Court* consiste à favoriser la préservation des terres des Maoris ainsi que d'en promouvoir « un usage, un aménagement et un développement efficaces »[37]. La cour facilite l'enregistrement des titres fonciers maoris et tient les registres y afférents. De nombreuses audiences ont pour objet de régler des problèmes de cessions foncières testamentaires ou *ab intestat*.

La *Maori Land Court* est une juridiction à deux degrés : la *Maori Land Court* et la *Maori Appellate Court*. Elle suit des règles sensibles aux particularités culturelles. Par exemple, ses travaux peuvent débuter et se conclure par une prière maorie et se dérouler en langue maorie. Pour le fonctionnement de la cour, le pays est divisé en trois régions subdivisées en sept districts où la cour entend les demandes dont on veut la saisir. Des centres de services répondent aux questions du public et aident les intéressés à présenter leurs demandes.

Le juges peuvent siéger seuls ou en formation de deux ou plus[38]. Les décisions sont définitives et lient les parties; cependant, [TRADUCTION] « toute personne intéressée par une question quelconque ayant fait l'objet d'une ordonnance de la Cour », le juge ayant délivré cette ordonnance ou tout autre juge peuvent demander une nouvelle audience dans les 28 jours suivant l'ordonnance[39]. De plus, la *Maori Land Court* a le pouvoir de modifier une ordonnance ou tout autre acte judiciaire au besoin, à condition de ne pas supprimer un droit reconnu, dans le but [TRADUCTION] « de donner effet à l'intention réelle d'une décision ou d'une constatation de la Cour »[40].

Les appels des décisions de la *Maori Land Court* sont entendus par la *Maori Appellate Court*. La *Maori Appellate Court*, et sur autorisation, la *Land Court*, peuvent obtenir l'opinion de la *High Court of New Zealand* sur tout point de droit soulevé dans le cours de ses travaux[41]. Dans certaines situations, par exemple pour l'attribution des dépens et l'octroi d'injonctions relevant de leurs compétences, les deux juridictions jouissent de certains pouvoirs de la *High Court* qui ne sont généralement pas conférés aux tribunaux administratifs.

---

[36] *Te Ture Whenua Maori Act 1993/Maori Land Act 1993*, 1993/4, mod. par 1993/70, 1993/104, 1994/69, 1996/35, 1996/153, 2001/11, 2002/16, en ligne : New Zealand Legislation – Statutes <http://www.legislation.co.nz/browse_vw.asp?content-set=pal_statutes> [*TTWMA*].

[37] *Ibid.*, art. 17(1). **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[38] *Ibid.*, art. 38.

[39] *Ibid.*, art. 43 (1)-(2). **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[40] *Ibid.*, art. 86-88. **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[41] *Ibid.*, art. 72.

Il y a lieu de souligner le pouvoir que détient la *Maori Land Court* de rendre une ordonnance d'occupation au profit [TRADUCTION] « du titulaire d'un intérêt bénéficiaire˙ sur cette terre, ou d'une personne qui a droit par succession à l'intérêt bénéficiaire¨ d'une personne décédée sur cette terre »[42]. La partie 15 de la *TTWMA* , intitulée *Occupation Orders*, traite des ordonnances d'occupation, et notamment des aspects à prendre en considération avant de rendre une ordonnance de ce type, ainsi que du pouvoir de la modifier ou de l'annuler, ainsi que celui de prendre des règlements[43]. La *Maori Land Court* peut à son gré ordonner [TRADUCTION] « l'utilisation ou l'occupation en exclusivité de l'ensemble ou d'une partie quelconque de ces terres pour y bâtir une maison »[44]. Seule limitation : l'ordonnance ne peut autoriser [TRADUCTION] « ni la partition, ni le développement ni le lotissement de la terre faisant l'objet de l'ordonnance »[45]. Avant de rendre une ordonnance d'occupation, la cour doit tenir compte de l'opinion des propriétaires, des effets de sa décision sur leurs intérêts et du meilleur usage qui peut être fait du territoire[46]. Si le territoire fait l'objet d'une fiducie ou appartient à une personne morale maorie, la cour doit obtenir un consentement avant de rendre l'ordonnance[47]. L'existence et l'exercice de ce pouvoir en Nouvelle-Zélande pourraient servir de modèle pour régler le problème actuel de l'inexistence, au Canada, d'ordonnances d'attribution de la possession exclusive de la résidence conjugale lorsque celle-ci est située sur une réserve[48].

Les décisions et ordonnances des deux cours maories peuvent être portées en appel devant la *New Zealand High Court*, puis devant la *Court of Appeal*. Les décisions de la *Maori Land Court* sont exécutées par divers moyens selon la nature du litige. Par exemple, l'exécution d'une ordonnance de paiement d'argent peut, à la demande d'une des parties ou à l'initiative du juge, être déposée au greffe de la District Court[49]. L'ordonnance déposée est traitée comme une dette grevant le titre foncier maori. L'exécution des autres ordonnances peut comprendre l'inscription du titre au registre des terres[50].

Dans quelle mesure la *Maori Land Court* et la *Maori Appeal Court* peuvent-elles servir de modèle au Canada? Soulignons d'abord que ces juridictions constituent les seuls tribunaux

---

˙ NdT : C'est-à-dire d'un droit réel.

¨NdT : C'est-à-dire d'un droit réel.

[42] *Ibid.*, art. 328(1). **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[43] *Ibid.*, art. 328-331.

[44] *Ibid.*, art. 328(1). **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[45] *Ibid.*, art. 328(3). **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[46] Ibid., art. 329 (1)-(2).

[47] *Ibid.*, art. 328(2).

[48] Il n'entre pas dans le cadre de notre recherche de pousser plus loin la description et l'analyse des ordonnances d'occupation de la *Maori Land Court* et de leur application.

[49] *TTWMA*, *supra* note 36, art. 81.

[50] *Ibid.*, art. 140-142.

maoris en Nouvelle-Zélande. Le problème, si on voulait instaurer un système analogue au Canada, ce serait de tenir compte de la multiplicité des coutumes et des cultures des premières nations. Si les tribus maories ont des coutumes distinctes, elles partagent toutes la même langue et font partie d'une même nation. Par ailleurs, les premières nations pourraient s'opposer à l'idée de voir les décisions relatives à l'utilisation et à la cession des terres leur échapper pour être confiées entièrement à un tribunal.

L'accessibilité des voies de droit de la *Maori Land Court* semble constituer un objectif du gouvernement de la Nouvelle-Zélande, qui reconnaît l'importance de la terre pour le peuple maori, ainsi que la relation particulière que ce peuple entretient avec elle. En résumé, nous estimons qu'en plus de cet objectif, les aspects avantageux de ces deux cours maories sont les suivants :

- La possibilité d'avoir des audiences dans la langue maorie;
- L'existence de pouvoirs judiciaires particuliers dans le règlement des questions foncières, y compris celui de condamner aux dépens, de rendre des ordonnances d'occupation des terres et des injonctions que l'on peut faire exécuter par la *High Court*, et enfin, celui de rendre des décisions contraignantes;
- Le pouvoir d'accorder une nouvelle audience et celui de modifier tout acte ou toute ordonnance de la cour afin de clarifier l'intention ou une décision de la cour.

Bien que la Maori Land Court constitue un tribunal à la base tout en comportant des aspects administratifs, ses inconvénients concernent le fait qu'elle revêt un caractère judiciaire plus prononcé que la plupart des tribunaux administratifs :

- Les décisions sont confiées à des juges, ce qui nécessite une formation en droit.
- Les décisions et les ordonnances sont exécutées à l'encontre des parties de la même façon que pour une cour de justice ordinaire.

Autres observations au sujet des tribunaux administratifs

La judiciarisation des tribunaux administratifs a été critiquée au 18e Congrès annuel du Conseil des tribunaux administratifs canadiens (CTAC) tenu à Ottawa en juin 2002. En effet, les tribunaux administratifs ont été institués en grande partie pour offrir une solution de rechange moins coûteuse à l'appareil judiciaire. Et c'était l'idée de pouvoir avoir des instructions et des audiences où il y aurait moins de règles de formes applicables qui était attrayante.

Or, certains intervenants à ce congrès se sont dits préoccupés par la pression de plus en plus grande exercée sur les tribunaux quasi-judiciaires en faveur d'un mouvement qui rapprocherait davantage leur fonctionnement de celui d'un tribunal judiciaire, d'une cour de justice. L'ajout de voies procédurales, comme l'obligation d'une communication des éléments et un interrogatoire préalables, accroît les coûts pour le demandeur et complique la procédure[51]. Par ailleurs, les tribunaux judiciaires chargés de contrôler leurs décisions évoquent l'absence de transcriptions, ce qui pourrait laisser entendre que cette autre mesure

---

[51] Voir p. ex. Anne L. Mactavish, « Administrative Justice - Reflections On The Road Ahead », communication présentée au 18e Congrès annuel du Conseil des tribunaux administratifs canadiens, Ottawa, 4 juin 2002) [non publié] aux pp. 4-5 [Mactavish].

pourrait devenir aussi obligatoire[52]. Il existe un autre facteur qui complique les choses pour les tribunaux administratifs, à savoir qu'ils sont [TRADUCTION] « poussés dans la sphère du judiciaire »[53] lorsqu'ils sont saisis de points ayant trait à la *Charte*[54-55]. Les liens éventuels entre la problématique du partage des biens matrimoniaux situés sur une réserve et le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne[56] » reconnu dans la *Charte* pourraient justifier une analyse plus approfondie, afin de préciser quels devraient être les voies procédurales et les conditions d'existence d'un tribunal administratif éventuellement institué comme mécanisme de règlement de ces litiges.

Faisant valoir que la Cour suprême du Canada contribue à la judiciarisation des tribunaux administratifs, Anne L. Mactavish, présidente du Tribunal canadien des droits de la personne et animatrice au Congrès 2002 du CTAC, a déclaré : [TRADUCTION] « Il existe un autre facteur [...] à savoir l'obligation croissante de la part des instances décisionnelles administratives de motiver leurs décisions »[57].

Ainsi, pour être efficace, la délégation d'un pouvoir décisionnaire à un tribunal administratif chargé de régler le problème du partage des biens immobiliers matrimoniaux situés sur une réserve au Canada devrait être conçue avec soin de manière à ne pas entraîner de nouveaux conflits entre les lois qui sont du ressort du gouvernement fédéral, des provinces, des territoires et des premières nations.

---

[52] *Ibid.* à la p. 6.

[53] A.M. Wallace et J.T. Casey, « The March Towards Judicialization: Administrative Tribunals at the Crossroads », *CBA Administrative and Labour Law Update*, Ottawa, 19-20 novembre 1999 [non publié], cité dans *ibid.* à la p. 7. [La traduction est de moi. - N.D.T.]

[54] *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.)*, 1982, c.11 [*Charte*].

[55] Mactavish, *supra* note 51 à la p. 7.

[56] *Charte*, *supra* note 54, art. 7.

[57] Mactavish, *supra* note 51, à la p. 7. (M[me] Mactavish étaye son affirmation dans une note en bas de page renvoyant à *Baker c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 et dit entre autres :

> Dans l'affaire *Baker*, la Cour suprême du Canada a renversé un principe établi depuis longtemps selon lequel les instances décisionnelles administratives ne sont pas tenues de motiver leurs décisions, à moins que leur loi habilitante les y oblige. La Cour a déclaré au contraire que dans certaines circonstances, le devoir d'équité procédurale pouvait exiger une motivation. [**Traduction du Bureau de la traduction.**])

par Jo-Ann E.C. Greene
pour Affaires indiennes et du Nord Canada

Les ombudsmans

Introduction

La fonction d'ombudsman[58], dans sa forme actuelle, trouve ses origines en Suède avec la nomination en 1809 d'un *justitieombudsman* (le mot en vieil islandais était *umbodhsmadr*). Le mot signifie « personne à qui l'on s'en remet » ou « délégué chargé de faire valoir un grief [59]. Cette fonction ne se trouve normalement que dans les pays démocratiques. La Nouvelle-Zélande fut le premier pays anglophone, en 1962, à offrir les services d'un ombudsman. Il n'existe pas d'ombudsman fédéral au Canada; c'est d'ailleurs un des rares grands pays démocratiques qui n'en a pas.

Les fonctions de l'ombudsman varient selon les pays. Voici une définition reconnue qui a été proposée par le Comité de l'ombudsman de l'Association internationale du Barreau :

> [TRADUCTION]
>
> Charge prévue par la constitution ou par un acte d'une législature ou d'un parlement, dont le titulaire reçoit les plaintes de personnes lésées par des organismes gouvernementaux, des élus ou des fonctionnaires, ou qui agit de son propre chef, et qui a le pouvoir de faire enquête, de recommander des mesures de pallialtives et de publier des rapports[60].

Tout comme une commission d'enquête, donc à l'instar d'un organisme comme la Commission des revendications des Indiens, l'ombudsman peut formuler des recommandations à partir des conclusions d'une enquête menée de sa propre initiative ou à la suite d'une plainte, agit de manière impartiale et rend compte de ses recommandations. Contrairement à la commission d'enquête cependant, l'ombudsman peut recommander des mesures correctrices si son enquête lui fait conclure au bien-fondé de la

---

[58] [N.d.T. : L'auteure note ici qu'elle utilise dans son document à la fois le terme neutre « ombudsperson » et les termes « ombudsman » et « ombudsmen », selon qu'elle parle de cette fonction en général ou qu'elle fait référence à des pays particuliers, auquel cas l'usage local peut l'obliger à ne pas utiliser la forme sexuellement non marquée. Pour la version française, le problème se complique du fait de l'existence des termes « médiateur », utilisé en France, et « protecteur du citoyen », utilisé au Québec. Nous nous en tiendrons ici au terme générique « ombudsman », également reconnu en français (*Petit Robert*), en utilisant la forme plurielle francisée « ombudsmans », préconisée par *Le bon usage* de Grevisse et par l'Office de la langue française du Québec et reconnue par le *Petit Robert*. « Ombudsman » est aussi le terme français officiel en Ontario, au Nouveau-Brunswick et au Manitoba.]

[59] Juge A. Satyanand, « Human Rights in the Commonwealth: The Ombudsman Role », communication présentée à une réunion de la Royal Commonwealth Society, Londres (Angleterre), 22 mai 2002 à la p. 1, en ligne : Royal Commonwealth Society International Headquarters <http://www.rcsint. org/texts/satyanand.doc> [Satyanand]. [N.d.T. : Les termes anglais utilisés ici sont "*entrusted person*" et "*grievance representative*". Le terme « délégué » est tiré de la notice étymologique du mot « ombudsman » (*ombud* : délégué, *man* : homme) dans *Le Petit Robert*.]

[60] Nuba Survival, « Administration of Justice and Legal Aid », Issue Paper A-3, présenté au Steering Committee for Human Rights in the Transition in Sudan, Kampala, 8-12 février 1999, au par. 4.2, en ligne : Nuba Survival <http://www.nubasurvival.com/conferences/conferences%20%20index.htm>. **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

plainte. Généralement, l'ombudsman n'a pas de pouvoir décisionnel.

La loi habilitante de l'ombudsman définit généralement son champ de compétence, les formalités de traitement des plaintes (à savoir que celles-ci peuvent être reçues directement du plaignant ou par l'entremise d'un député), les pouvoirs de consultation des documents pertinents et l'instance à laquelle il présente son rapport. Tout en reconnaissant qu'il [TRADUCTION] « existe des différences considérables entre les ombudsmans », la chef Roberta Jamieson ajoute qu'on peut reconnaître des caractéristiques de base qui permettent de définir la charge d'ombudsman[61]. En un mot, ces caractéristiques seraient : [TRADUCTION] « l'indépendance, l'équité procédurale, la transparence, l'accessibilité, le respect, l'efficacité, la responsabilité, la stabilité, le pouvoir d'enquêter, la confidentialité, la présentation de rapports publics, des pouvoirs de recommandation uniquement et le droit d'entreprendre une enquête de son propre chef »[62].

Il existe un autre facteur d'accessibilité au bureau d'un ombudsman pour qui cherche réparation, à savoir l'absence de coûts ou l'existence de coûts minimes pour pouvoir exprimer un motif de grief. En effet, les autres solutions, que ce soit le recours aux tribunaux à un député, aux journaux ou à la mobilisation sociale, peuvent s'avérer longues et onéreuses sans promettre obligatoirement les mêmes résultats. Si le gouvernement ou l'organisme en cause n'est pas obligé de se plier aux recommandations de l'ombudsman, il n'en est pas moins informé que le problème a fait l'objet d'une enquête approfondie. L'ombudsman peut faire état de l'inertie de l'organisme en cause dans son rapport. Toutefois, le seul mécanisme contraignant dont il dispose consiste à miser sur la réputation de l'organisme et sur la pression du public, si le dossier se prête à ce genre de conséquences. L'avantage de cette formule, c'est que l'enquête peut effectivement forcer à changer, ce qui, à son tour, permettra d'éviter que le problème se répète. Un règlement amiable, ou même une décision judiciaire, n'a pas forcément le même effet.

Nous verrons ici quelles sont les problématiques et les voies procédurales de la charge d'ombudsman au Canada puis en Nouvelle-Zélande.

Canada

À part l'Île-du-Prince-Édouard, toutes les provinces canadiennes ont nommé un ombudsman chargé d'étudier les plaintes et de faire enquête sur les questions relevant de l'administration provinciale. Comme nous l'avons déjà vu, il n'existe pas d'ombudsman fédéral, mais notons que lors de la dernière session du Parlement, une proposition de loi d'initiative parlementaire, intitulé *Loi sur l'examen de la gouvernance des premières nations* , visait l'établissement d'un bureau fédéral d'ombudsman et d'un vérificateur des premières nations[63]. Selon le projet de loi, l'ombudsman des premières nations aurait pu faire enquête sur des

---

[61] Chef R. L. Jamieson, « The First Nation Ombudsman », communication présentée au congrès printanier de l'Indigenous Bar Association sur le thème *Specialized Tribunals and First Nations Legal Institutions*, 29-31 mai 2002 à la p. 5 [non publié] [chef Jamieson]. (La chef Jamieson a été ombudsman en Ontario de 1989 à 1999.) **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[62] *Ibid.* aux pp. 5-7. **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[63] Projet de loi C-399, *Loi instituant les postes d'ombudsman et de vérificateur des premières nations chargés de prêter assistance pour les problèmes administratifs et financiers*, 1re sess., 37e lég., 2001 (débattu en deuxième lecture, mort au feuilleton le 20 juin 2002).

problèmes et des irrégularités ayant trait à l'administration, aux communications et aux élections, de même que sur les plaintes portées par un membre d'une première nation à l'encontre de sa communauté et sur celles entre premières nations. Il aurait aussi pu faire enquête sur des actions, des politiques ou des pratiques injustes ou abusives mettant en cause ces parties et le gouvernement du Canada.

Un groupe appelé First Nations Accountability Coalition (FNAC), organisme de la base faisant état de 5 000 membres au Canada, a réclamé la création d'un organe indépendant ayant pour mandat d'entendre les plaintes au sujet des irrégularités commises par les conseils de bande. La FNAC, de concert avec l'Alliance canadienne, a réclamé la création d'un bureau d'ombudsman des premières nations[64]. Le but ultime commun de ces deux propositions d'institution d'un ombudsman fédéral pour les premières nations consiste à rechercher la bonne gestion par la surveillance des gouvernements des Autochtones et des premières nations, afin de s'assurer qu'ils demeurent comptables de leur administration.

Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC) a demandé au Centre pour les relations municipales-autochtones de mener une étude descriptive et comparative des régimes par lesquels les municipalités et les premières nations sont tenues comptables de leur gestion dans certains domaines d'ordre politique, financier et administratif[65]. Le Centre a tiré ses informations de la *Loi sur les Indiens*, des ententes de financement et des mécanismes établis dans quatre premières nations dans le but de s'assurer qu'elles demeuraient comptables de leur gestion.

La comparaison portait sur les éléments suivants : reddition de comptes financière et transparence, éléments de communication de l'information permettant de tenir l'entité comptable de sa gestion et mesures de réparation. Les exigences applicables aux municipalités s'avèrent les plus strictes. Les deux grandes différences entre les exigences des régimes respectifs concernent la communication de l'information et les mesures de réparation. Les auteurs du rapport font remarquer que les premières nations, contrairement aux municipalités, qui disposent de plusieurs options, à part quelques exceptions, n'ont pas de système indépendant de réparation, assurée par une tierce instance. Les principaux systèmes utilisés actuellement sont AINC, les tribunaux judiciaires et la Commission des droits de la personne.[66] On mentionne aussi le recours à un tribunal des aînés pour contrôler les décisions[67] et l'idée d'instituer un vérificateur général ou un ombudsman des premières nations[68].

---

[64] En 2000, l'émission de nouvelles « *Canada at Five* » de la chaîne anglaise de Radio-Canada a fait écho aux revendications de la FNAC en diffusant son message selon lequel [TRADUCTION] « les Autochtones ne sont pas bien représentés par les chefs et les conseils de bande [...] et la corruption et la mauvaise gestion des fonds des bandes sont choses courantes ». Canadian Broadcasting Corporation, *Canada at Five* (bulletin de nouvelles), Toronto, CBC, 4 avril 2000. **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[65] T. Chowdhury et al., *Municipal Government Accountability Regimes: A Benchmark For First Nation Government Accountability?*, Ottawa, Centre pour les relations municipales-autochtones, 1998.

[66] *Ibid.*, tableau 4 à la p. 53.

[67] *Ibid.*, tableau 3 à la p. 52.

[68] *Ibid.*, tableau 4 à la p. 53.

Les objectifs du professeur de droit Larry Chartrand, lorsqu'il traite de la création d'une charge d'ombudsman, diffèrent de ceux de la *First Nations Accountability Coalition* et de l'Alliance canadienne. Pour lui, le mandat d'un ombudsman fédéral serait de [TRADUCTION] « la surveillance des gouvernements non autochtones afin de s'assurer qu'ils demeurent comptables de leur administration envers les peuples autochtones »[69]. Cet ombudsman pourrait faire enquête sur tous les aspects des relations entre les Autochtones et un gouvernement, y compris sur les questions foncières. Évidemment, il faudrait que la loi habilitante précise que cet aspect rentre dans ses compétences.

La chef Roberta Jamieson appuie le principe d'un ombudsman des premières nations pour des raisons analogues à celles de la FNAC et de l'Alliance. Pour elle, le but de cette institution serait de procurer [TRADUCTION] « une voie de recours effective protégeant le citoyen ordinaire contre les abus éventuels du pouvoir délégué »[70]. Elle entend ici par « citoyens » les membres des premières nations dont la nation, ayant accédé à l'autonomie gouvernementale, pourrait prendre des mesures ou des décisions ayant un effet préjudiciable à leur égard, comme il est fréquent pour un gouvernement selon la chef Jamieson[71]. Pour elle, l'ombudsman des premières nations pourrait constituer pour les individus ou les groupes des premières nations une voie de recours souple extérieure à l'appareil judiciaire.

Nous analyserons la pertinence du recours à un ombudsman pour régler un litige après avoir décrit l'institution de l'ombudsman en Nouvelle-Zélande.

Nouvelle-Zélande

En Nouvelle-Zélande, il y a trois ombudsmans nommés par le gouverneur général sur la recommandation de la Chambre des représentants. Ces ombudsmans sont des mandataires du Parlement et non du gouvernement[72]. La *Ombudsmen Act 1975*[73] (l'*OA*) est la principale loi qui régit l'institution de l'ombudsman, qui remonte à 1962[74]. Le mandat du *New Zealand Office of the Ombudsmen* est de [TRADUCTION] « faire enquête sur les plaintes portées à

---

[69] L. Chartrand, « Furthering Accountability By Governments for Aboriginal Rights Mechanisms for Achieving Good Governance in Canada », communication présentée au congrès du printemps de l'Indigenous Bar Association sur le thème *Specialized Tribunals and First Nations Legal Institutions*, 29-31 mai 2002, à la p. 14 [Chartrand]. **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[70] Chef Jamieson, *supra* note 61 à la p. 2. **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[71] *Ibid.* à la p. 1.

[72] « History of the Office of the Ombudsmen », en ligne : New Zealand Office of the Ombudsmen <http://www.ombudsmen.govt.nz/history.htm>.

[73] *Ombudsmen Act 1975* (N.-Z.), 1975/9, 35 RS 469, mod. par 1982/89, 1982/164, 1988/77, 1988/205, 1991/121, 1992/25, 1993/34, 1996/137, 1997/72, 1999/44, en ligne : New Zealand Legislation – Statutes <http://www.legislation.co.nz/browse_vw.asp?content-set=pal_statutes> [*OA*] [Loi sur les ombudsmans].

[74] Trois autres lois accordent des rôles et des pouvoirs à l'ombudsman : la *Official Information Act 1982* (N.-Z.), 1982/56, 35 RS 403 [Loi de 1982 sur l'information officielle], la *Local Government Official Information and Meetings Act 1982*, 1987/174, 35 RS 347 [Loi de 1982 sur l'information officielle et les réunions des administrations locales] et la *Protected Disclosures Act 2000*, 2000/7 [Loi sur les divulgations protégées]; en ligne : New Zealand Legislation – Statutes <http://www.legislation.co.nz/browse_vw.asp?content-set=pal_statutes>.

l'encontre des organismes gouvernementaux centraux, régionaux et locaux de Nouvelle-Zélande »[75].

Si la plainte est fondée, l'ombudsman peut formuler des recommandations. Toutefois, il n'a pas le pouvoir de les faire appliquer. Selon l'*OA*, il faut avoir épuisé tous les autres recours avant de porter plainte au bureau de l'ombudsman[76]. En moyenne, le traitement d'une plainte déposée en vertu de l'*OA* prend 42 jours et l'enquête est gratuite[77].

La marche à suivre pour porter plainte au bureau de l'ombudsman ressemble fort à celle qui a cours à la CCDP. D'abord, il faut établir que l'affaire est du ressort de l'ombudsman. Si c'est le cas, un enquêteur rassemble les informations nécessaires et, de concert avec l'ombudsman compétent[78], statue sur le bien-fondé de la demande. Après enquête et après avoir fait rapport au ministère en cause, si celui-ci n'a donné aucune suite après un délai raisonnable, l'ombudsman peut envoyer copie de son rapport et de ses recommandations au premier ministre et au Parlement[79].

L'article 25 de la *OA* est, à toute fin utile, une clause privative : elle prévoit qu'une instance ou une décision d'un ombudsman ne peut être contrôlée par un tribunal, ni contestée, sauf en cas d'incompétence[80]. De plus, il est interdit de poursuivre en justice un ombudsman ou ses représentants, et les renseignements obtenus en cours d'instance sont confidentiels[81]. L'ombudsman fait rapport annuellement au Parlement[82].

Autres observations au sujet des ombudsmans

Compte tenu du caractère non contraignant des recommandations et des solutions communiquées à l'organisme en cause et au plaignant, on peut conclure que l'efficacité de l'ombudsman est liée à la pression du public. Cependant, si le dossier n'intéresse pas le public, l'organisme fautif pourrait ne pas régler le problème, et il pourrait récidiver. Dans le cas du partage des biens immobiliers matrimoniaux situés dans une réserve, les litiges n'ont généralement qu'une portée personnelle. De plus, l'enquête ou l'étude de l'ombudsman doit pouvoir s'appuyer sur des processus prédéfinis de règlement de ce genre de litige, que ce soit dans la coutume, dans les codes fonciers, dans les lois des bandes, etc., lesquels peuvent

---

[75] « Functions of the Ombudsmen », en ligne : New Zealand Office of the Ombudsmen <http://www.ombudsmen.govt.nz/>. **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[76] *OA*, *supra* note 73, art. 13(7).

[77] « Frequently Asked Questions », en ligne : New Zealand Office of the Ombudsmen <http://www.ombudsmen.govt.nz/frequent.htm>.

[78] Il y a trois ombudsmans en exercice simultanément en Nouvelle-Zélande.

[79] *OA*, *supra* note 73, art. 22(4). Cn trouvera un schéma du cheminement des plaintes au bureau des ombudsmans de Nouvelle-Zélande dans le document « How a Complaint is Processed », en ligne : New Zealand Office of the Ombudsmen <http://www.ombudsmen.govt.nz/layinga.htm>.

[80] *OA*, *ibid.*, art. 25.

[81] *Ibid.*, art. 26.

[82] *Ibid.*, art. 29.

très bien ne pas exister ou ne pas être appliqués localement. Cependant, ce point de vue ne constitue pas nécessairement la seule interprétation de ce contexte.

Bien qu'il ne mentionne pas la question du partage des biens immobiliers matrimoniaux dans sa communication, le professeur Chartrand reconnaît que l'on reproche souvent à l'institution de l'ombudsman sa nature consultative et l'absence de voies d'exécution; cependant, il indique aussi que cette absence de pouvoir contraignant peut aussi constituer un avantage et offrir la possibilité de proposer un mécanisme sensible aux réalités culturelles en misant sur le consensus[83]. Il s'agit là d'une réflexion intéressante, surtout compte tenu que l'on reproche souvent à la CCDP son manque de sensibilité aux réalités culturelles.

Dans une communication présentée en 2002 à la *Royal Commonwealth Society* *, le juge Anand Satyanand, un ombudsman de Nouvelle-Zélande, a cité une décision rendue en 1995 par le juge Michael Kirby au sujet de [TRADUCTION] l'« utilité de la méthode de l'ombudsman »[84]. Le juge Kirby a écrit :

> [TRADUCTION]
>
> L'ombudsman n'est pas habilité à rendre des ordonnances au même titre qu'une cour de justice. Cependant, le fait qu'il remette un rapport au ministre responsable et au Parlement et l'obligation pour le ministre de répondre rapidement peuvent donner lieu à des sanctions non négligeables. Ces mécanismes se sont avérés efficaces dans tous les États qui se sont dotés d'un ombudsman pour corriger une mesure administrative jugée illicite, abusive, déplacée ou mauvaise déraisonnable, erronée ou injuste par celui-ci[85].

Les sanctions auxquelles le juge fait référence n'existent que si elles sont prévues dans la loi habilitante de l'ombudsman. De fait, la loi néo-zélandaise offre aux ombudsmans des moyens discrétionnaires de demander réparation au premier ministre et au Parlement. Soulignons toutefois que puisqu'on ne peut ni contrôler, ni invalider ni contester les recommandations d'un ombudsman, ses constatations et ses solutions sont définitives, mais elles n'en deviennent pas pour autant contraignantes.

Le bureau des ombudsmans de la Nouvelle-Zélande suit le modèle général décrit dans notre introduction sur la fonction d'ombudsman. Ce qui est particulier à ce pays, c'est les pouvoirs qui leur sont conférés dans certains domaines, similaires mais légèrement différents, par quatre lois distinctes. Toutefois, la raison d'être et la fonction de l'ombudsman consistent toujours à ouvrir des enquêtes à la suite de plaintes portées à l'encontre des ministères et des organismes gouvernementaux, et son but demeure de [TRADUCTION] « protéger les droits de la personne et assurer la transparence de l'appareil gouvernemental »[86]. Rappelons cependant que l'*Ombudsmen Act 1975* ne prévoit aucune voie d'exécution qui permette

---

[83] Chartrand, *supra* note 69 à la p. 14.

* N.d.T : La Société royale du Commonwealth, **traduction du Bureau de la traduction.**

[84] Satyanand, *supra* note 59 à la p. 3. **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[85] *Ibid.* **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

[86] *Ibid.* à la p. 8. **[Traduction du Bueau de la traduction.]**

d'imposer le changement recommandé ou la solution proposée dans le but de réparer l'action ou la politique mise en cause.

En résumé, nous estimons que les aspects avantageux de la fonction d'ombudsman sont les suivants :

- Elle procure une voie de recours souple et indépendante pour faire corriger des mesures et des décisions de l'État qui ont un effet préjudiciable sur un particulier ou sur un groupe.
- Ses dossiers peuvent être publics et jouir d'une grande visibilité sans que ses éléments confidentiels ne soient éventés.
- La loi peut conférer à l'ombudsman de vastes pouvoirs d'enquête et de procédure.
- L'ombudsman peut formuler des recommandations et proposer des solutions lorsque l'enquête confirme la plainte.
- Le recours à l'ombudsman est offert à tous les citoyens à un prix minime ou nul. Le plaignant n'est pas forcément obligé d'engager un avocat.
- En Nouvelle-Zélande, les recommandations et les solutions d'un ombudsman ne peuvent être contestées, aussi sont-elles sont considérées comme définitives.

Les inconvénients sont les suivants :

- L'ombudsman peut seulement formuler des recommandations qui ne lient pas les parties en cause.
- L'ombudsman a principalement pour mandat de faire enquête sur les mesures et les politiques de l'État, ce qui fait qu'on ne peut généralement y recourir pour un litige entre particuliers.
- Les délais d'enquête et de rapport de l'ombudsman peuvent se traduire par une longue attente avant qu'une mesure palliative quelconque soit mise en oeuvre.
- Le succès des interventions de l'ombudsman dépend de la bonne volonté de la partie fautive ou des pressions du public, et non d'un mécanisme d'exécution forcée.

Les modes de règlement extrajudiciaire

Les modes de règlement extrajudiciaire étaient déjà en usage dans les sociétés autochtones avant l'introduction du système judiciaire européen. En revanche, le recours à ce mode de règlement comme solution de rechange au règlement judiciaire est relativement récent. Cette évolution est motivée principalement par les longs délais et les coûts élevés associés au système judiciaire.

Les avantages du règlement extrajudiciaire sont les suivants : confidentialité des démarches, réduction du risque d'une décision imposée, possibilité de faire participer des spécialistes du domaine, possibilité de solutions originales, dialogue et possibilité pour les parties de rester en bons termes. Autre avantage : les parties peuvent participer directement à l'élaboration de la solution, par opposition à une décision ou à un jugement imposé unilatéralement par le tribunal.

Tous les modes de règlement extrajudiciaire ont un point en commun, à savoir qu'ils ne peuvent fonctionner que si les intéressés y participent de bonne foi. On peut abuser de ce genre de processus en n'agissant pas de bonne foi, par exemple en acceptant de participer mais avec l'intention de harceler l'autre partie, de l'intimider ou de bloquer les négociations, sans vouloir réellement arriver à une entente.

La plupart des mécanismes de règlement extrajudiciaire font appel à un tiers impartial pour aider les parties. Lee Axon, dans ses *Appendices to the Report On: Alternate Dispute Resolution Within DIAND*, paraphrase un énoncé fait par Ben Hoffman dans un rapport antérieur d'AINC sur le règlement extrajudiciaire : [TRADUCTION] « Hoffman observe que les modes de règlement extrajudiciaire, par nature, sont souples et peuvent être adaptés aux besoins particuliers des parties et aux circonstances du litige »[87]. Bien que les appellations soient variables, les formes usuelles de règlement extrajudiciaire sont la négociation, la médiation, les formules mixtes et les instances parajudiciaires. Il existe plusieurs théories et modèles applicables à chacune de ces formules. Il ne rentre pas dans notre mandat de les décrire ici; passons tout de même en revue les formules les plus courantes tout en citant quelques exemples.

La négociation

La plupart d'entre nous négocions tous les jours sans même nous en rendre compte. Voici ce qu'on trouve dans le dictionnaire sous l'entrée *négocier* :

> **1** Arriver à une entente par le dialogue; parlementer, conférer, se consulter mutuellement [...].
> **2** Prendre des dispositions pour [...]
> **3** Transférer, céder ou vendre un droit de propriété en retour d'une compensation de valeur équivalente[88].

La définition qui suit décrit bien la négociation :

> [TRADUCTION]
> La négociation est] une démarche qui consiste à ajuster des différences dans le but d'établir un rapport juridique plus souhaitable de part et d'autre au moyen de compromis et d'échanges de droits et d'obligations, ainsi que d'intérêts économiques, psychologiques, sociaux et autres. Cette démarche est consensuelle par opposition à une application forcée de la loi[89].

---

[87] L. Axon, *Appendices to the Report On: Alternate Dispute Resolution Within DIAND*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1994, annexe B à la p. 1 [ADR Appendices] **[Traduction du Bureau de la traduction.]**.

[88] *Gage Canadian Dictionary*, revised, *s.v.* « negotiate ». [N.d.T (Bureau de la traduction) : Il s'agit ici d'une traduction directe des définitions suivantes du *Gage* : « 1. talk over and arrange terms; parley; confer; consult [...] 2. arrange for [...] 3. transfer, assign, or sell ownership in return for equivalent value. » . On trouve dans le P. Robert, notamment : « Établir, régler (un accord) entre deux parties... Régler un conflit par voie de négociation... Faire du négoce... Céder, réaliser un effet de commerce, une valeur mobilière... »]

[89] G. Bellow et B. Moulton, *The Lawyering Process*, Mineola (NY), Foundation Press, 1978 à la p. 11, cité dans *Dispute Resolution Readings and Case Studies*, J. MacFarlane, dir., Toronto, Emond Montgomery, 1999 à la p. 100. **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

La négociation est une démarche volontaire. Il peut exister un déséquilibre dans le rapport des forces malgré la volonté commune d'arriver à une entente pour mettre un terme au conflit. Pour choisir le mode de règlement le plus adapté à la situation, il vaut généralement mieux tenir compte des particularités des parties en cause, y compris de leurs différences culturelles. Les conflits identitaires posent un problème dans tous les modes de règlement extrajudiciaire, sauf si ceux-ci sont conçus spécialement en fonction des particularités culturelles, par exemple, dans le cas des Autochtones, s'ils prennent la forme de cercles de règlement ou de groupes consultatifs des aînés[90]. Le succès d'une négociation, comme pour tout mécanisme de règlement extrajudiciaire, dépend en grande partie de la confiance entre les parties et à l'endroit du tiers impartial. Il est essentiel de s'interroger sur le choix du mécanisme du règlement en fonction de la nature du conflit.

Un des avantages d'une entente négociée réside dans le fait que les parties ont pris part au règlement et sont donc moins susceptibles de se tourner vers un tribunal par la suite[91]. Selon AINC, les ententes négociées prévoyant certaines actions à accomplir sont généralement respectées, plus en général qu'à l'issue d'un autre genre de mécanisme, en raison de la participation des intéressés[92].

Parmi les inconvénients de la négociation et des autres modes de règlement extrajudiciaire, notons que cette solution peut s'avérer moins économique qu'on s'y attend. Les délais sont parfois beaucoup plus courts que si on faisait appel à un tribunal, mais l'obligation de payer le tiers impartial, les locaux et les avocats ou les négociateurs ajoute au coût du règlement. Quant à l'application de l'entente, elle relève du droit conventionnel et peut nécessiter le recours à un tribunal. Encore une fois, on peut observer un déséquilibre dans le rapport de forces, par exemple dans les relations entre les premières nations et le Canada, lorsque ce dernier semble disposer de ressources à peu près illimitées par rapport aux Autochtones pour poursuivre les négociations. Un particulier qui vit une relation marquée par la violence et qui tente de régler un problème de bien immobilier matrimonial situé dans une réserve se trouverait devant le même genre de déséquilibre.

Canada

La *Ridgewood Foundation for Community-Based Conflict Resolution (Int'l)*

La *Ridgewood Foundation* d'Ottawa, fondée en 1992, est un organisme de bienfaisance canadien enregistré voué [TRADUCTION] « au développement permanent des mécanismes locaux de résolution des conflits par les pratiques optimales, basées sur des principes, de la Fondation, sa conception du processus et de la formation »[93]. Cette fondation offre des

---

[90] Institute on Governance, *Dispute Resolution Systems: Lessons From Other Jurisdictions* (rapport daté du 12 mars 1999) [non publié] à la p. 10 [Institute on Governance]. (Cette étude s'inscrivait dans les activités de recherche et développement d'une table de concertation sur les relations financières [Joint Fiscal Relations Table] dont les membres comprenaient la Federation of Saskatchewan Indian Nations, Affaires indiennes et du Nord Canada et le gouvernement de la Saskatchewan.)

[91] *ADR Appendices*, *supra* note 87, annexe C à la p. 1.

[92] *Ibid.*

[93] Ridgewood Foundation for Community-Based Conflict Resolution (Int'l), « Foundational Process Principles, Process, Techniques and Tools » (cahier de consultation), Ottawa, Ridgewood Foundation, 2001 à la p. xiv.

(à suivre...)

ateliers de formation en *Foundational Process*[MD], le processus mis de l'avant par la Fondation, de formation de tiers impartial et de processus collectif de résolution de conflits sur le terrain. Ridgewood a fait profiter divers groupes de ses services, notamment à titre de tiers impartial pour des collectivités et communautés locales tels que premières nations, gouvernement, police, jeunes, animateurs et professionnels oeuvrant localement. L'approche de Ridgewood se distingue par la formation qu'elle fournit avant les séances de résolution de conflit. Pour faire de chaque séance une expérience fructueuse, la fondation mise sur un processus [TRADUCTION] « axé sur les aspects positifs, sans entrave et pluraliste »[94].

Les séances de formation sont interactives et comprennent des jeux de rôles visant à communiquer et à expliquer les principes du processus de règlement extrajudiciaire, comme la négociation ou la médiation, que la collectivité locale s'apprête à expérimenter. Les ateliers de formation font partie d'un processus d'une semaine d'activités prévues dans un calendrier. Le *Foundational Process*, le « processus de la Fondation » mis au point par Ridgewood est une approche de règlement et d'intervention axée sur les principes, qui consiste à expliquer aux parties ce à quoi elles peuvent s'attendre pendant la négociation et les habiletés dont elles auront besoin pour s'approprier le processus et faire face aux problèmes qui sont à l'origine du conflit. Les séances de formation renvoient aux principes et aux valeurs qui constituent le « processus de la Fondation ».

Après la formation, les participants doivent se préparer chacun de leur côté à la session de négociation de leur collectivité. La formation rétablit l'équilibre dans le rapport de force entre les parties, par exemple une collectivité des premières nations et le gouvernement fédéral.

Bien qu'il s'agisse d'un processus de résolution de conflit collectif local, le « processus de la Fondation » de Ridgewood comporte un volet éducatif unique à l'intention du groupe qui cherche à parvenir à une entente. Il semble qu'il serait possible d'adapter cette formule pour former des individus qui s'apprêtent à régler un problème de partage de biens immobiliers matrimoniaux situés dans une réserve après une rupture conjugale.

Dans cette adaptation, il faudrait tenir compte de certains pièges potentiels. Plus spécialement, la critique féministe des modes de règlement extrajudiciaire met en évidence le déséquilibre du rapport de force qui existe généralement au sein d'un couple qui tente de régler ses comptes au moment d'une rupture. L'homme jouit généralement de ressources plus imposantes qui peuvent lui permettre, par son ascendant ou par la contrainte, de forcer une entente qui pourrait ne pas convenir aux besoins de sa vis-à-vis. Celle-ci pourrait ne pas savoir quelles autres options s'offrent à elle si l'entente proposée ne lui convient pas, ou ne pas avoir les ressources nécessaires pour s'adresser à un tribunal. Si l'homme est violent, le déséquilibre est encore plus marqué, car le conjoint a déjà établi sa domination sur sa conjointe. Sans compter que les actes de violence ne sont pas nécessairement connus hors du foyer. Le fait de se trouver dans la même pièce qu'un homme qui nous a violentée peut s'avérer non seulement très intimidant, mais parfois invivable pour certaines victimes au moment de la rupture. La négociation ne serait généralement pas une formule appropriée dans ce genre de situation; cependant, une session de formation de Ridgewood pourrait

---

(...suite)
[Traduction du Bureau de la traduction.]

[94] *Ibid.* **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

permettre de corriger ce déséquilibre en préparant les conjoints et en leur procurant des outils qui leur permettront de négocier de manière fructueuse[95].

Il existe un autre avantage dans la formule double formation-négociation, soit la possibilité de traiter des conflits identitaires ou culturels. Dans les collectivités des premières nations, les conflits sont souvent rattachés à des ressentiments très profonds. Le « processus de la Fondation » encourage la personne à apprécier cette réalité et à l'exprimer pour qu'on en tienne compte et qu'on la règle dans le cadre du processus. Si on arrive à bien définir les questions et les valeurs fondamentales de cette manière, on peut éviter les déraillements[96]. En revanche, si les questions ne sont pas abordées correctement et si on manque de temps, cet aspect peut faire échouer le processus et faire perdre aux intéressés leur confiance et leur calme.

En résumé, compte tenu des besoins propres à un processus de règlement extrajudiciaire pour les litiges concernant les biens matrimoniaux situés sur une réserve, nous estimons que les aspects recommandables du processus de la Ridgewood Foundation visant la résolution collective locale de conflits sont les suivants :

- Il comprend une formation portant sur le processus et les habiletés nécessaires à une négociation équitable.
- Il est axé sur des principes et sur l'importance d'arriver à un règlement amiable.
- Il permet de tenir compte explicitement des questions identitaires et culturelles, même celles qui sont profondes, dans la négociation.
- Il encourage la pleine participation des intéressés en tenant compte du milieu dans lequel la négociation se déroule.

Les inconvénients du processus de la Ridgewood Foundation sont les suivants :

- Il est actuellement conçu pour la résolution collective de conflits.
- Les séances de formation et de négociation ajoutent aux coûts du processus.
- La coopération des parties est nécessaire.

La médiation

La médiation consiste à faire appel à un tiers neutre qui a pour mandat d'aider les parties à régler leur litige entre eux par consensus, autrement dit à s'entendre. La séance de médiation est animée par le médiateur, dont l'apport consiste à guider les parties, à éviter les dérapages, à cerner les problèmes, à inciter les parties à en traiter de manière appropriée et à faciliter la communication. Le médiateur intervient fréquemment pour aider les parties à trouver une entente, ce qui distingue cette formule de la négociation. Cependant, il ne prend pas de décision et ne propose pas de solution[97]. L'entente qui résultera du processus est

---

[95] On pourrait dire la même chose pour la médiation. Peu de médiateurs acceptent de travailler avec un couple qui a vécu une situation de violence familiale.

[96] J. Rothman, *Resolving Identity-Based Conflict in Nations, Organizations, and Communities*, San Francisco, Jossey-Bass, 1997 aux pp. 12-13.

[97] J. MacFarlane,« Mediation (Introduction) » dans *Dispute Resolution Readings and Case Studies*,

(à suivre...)

l'aboutissement de l'interaction entre les parties, et ce qui est important dans la médiation, c'est que les parties ont le pouvoir de régler la question et de signer l'entente elles-mêmes.

Le but du médiateur est d'établir des conditions propices, de susciter la confiance et d'aménager un processus juste et neutre qui encourage les parties à communiquer. La médiation est un processus de coopération; par conséquent, elle peut s'avérer difficile si les parties ne sont pas consentantes[98].

Une séance de médiation se déroule généralement à bâtons rompus et permet aux intervenants d'exprimer leurs émotions et leurs inquiétudes. On s'entend d'abord sur des règles de communication, comme l'interdiction des commentaires désobligeants. Le processus accorde beaucoup de place aux parties, en ce sens qu'il demande à chacun de faire l'effort d'exprimer ses intérêts et ses émotions tout en essayant d'écouter et d'entendre le point de vue et l'expérience de l'autre. Il faut que les parties s'impliquent pour arriver à une entente.

Dans la plupart des cas, les rencontres sont tenues « sous toutes réserves »; autrement dit, rien de ce que les parties peuvent dire, ni aucune information communiquée à cette occasion, ne peut être retenu contre l'un ou l'autre dans un autre contexte, par exemple devant un tribunal. À moins que l'entente ne prévoie d'autres modalités, l'exécution de l'accord qui résulte d'une médiation relève du droit conventionnel.

Un des inconvénients de la médiation réside dans le fait que les parties peuvent ne pas s'entendre. Dans ce cas, les frais et le temps consacrés à cette opération, qui figurent généralement parmi les avantages quand on parle de règlement extrajudiciaire, s'ajoutent au contraire aux dépenses que les parties devront consentir pour régler leur problème[99]. Par ailleurs, comme dans la négociation, il peut exister un déséquilibre dans le rapport de force. Pour rectifier la situation, certains médiateurs demanderont aux parties de se tenir dans des pièces séparées. Cette méthode peut s'avérer utile dans les cas où il y a eu violence domestique; cependant, les résultats sont inégaux, selon les parties et les méthodes du médiateur.

(...suite)
J. MacFarlane, dir., Toronto, Emond Montgomery, 1999, 257 à la p. 257 [MacFarlane].

[98] Ce genre de problème se produit surtout dans les cas de médiation obligatoire, prévus dans le processus de gestion des causes judiciaires en Ontario (nous y reviendrons plus loin dans le corps de notre étude). Il faut cependant souligner que l'hésitation ou la réticence d'une partie n'est pas forcément annonciatrice de mauvaise foi. Le problème peut être résolu si le médiateur explique correctement aux intéressés la nature du processus et leur apprend à en tirer partie.

[99] Il se peut que les parties se soit fait représenter par un avocat tout au long de la médiation.

Les formules mixtes

Il n'existe aucune définition précise de la formule mixte, mais si on imagine un continuum qui commence par la négociation - soit le processus de règlement extrajudiciaire qui est le plus éloigné de la voie judiciaire, laquelle se trouve à l'autre extrémité du spectre -, la médiation sera le deuxième élément, et elle sera suivie de formules relevant à la fois de l'évaluation, des formules parajudiciaires, de la médiation et de la négociation. C'est ce qu'on appelle les formules mixtes[100]. On fait toujours appel à un tiers neutre, mais celui-ci procède cette fois à une évaluation non contraignante d'un aspect du litige. Cette évaluation peut porter, par exemple, sur les faits, sur les points de droit ou sur les résultats probables d'une démarche judiciaire[101]. Il incombe toujours aux parties d'arriver à une entente pour se sentir maîtres de leur destin : appropriation de l'issue du processus, processus « sous toute réserve » et confidentialité, autant d'éléments absents du règlement judiciaire.

Les formules mixtes les plus courantes actuellement sont des programmes adjoints au règlement judiciaire; ils comprennent : les miniprocès privés, les séances dirigées, l'évaluation préliminaire, le procès sommaire avec jury, le miniprocès judiciaire, la gestion de cause et l'enquête par un ombudsman[102]. Nous verrons plus loin le cas de la gestion des causes en Ontario. Les formules mixtes peuvent être obligatoires dans certaines situations déterminées par la loi, ce que nous verrons aussi plus loin.

À certains égards, les formules mixtes sont controversées, car elles soulèvent des questions de chevauchement, ce qui les rend plus complexes que la médiation ou la négociation. Comme pour les autres mécanismes de règlement extrajudiciaire, l'efficacité de ces formules est directement liée à l'habileté du tiers neutre et à sa compétence dans le domaine en cause.

Canada

Les formules mixtes prescrites par la loi

Comme nous l'avons vu plus haut, une loi peut rendre obligatoire une formule mixte. Prenons l'exemple de la *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*[103], qui constitue une entente d'autonomie gouvernementale découlant de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* et de la *Convention du Nord-Est québécois* conclues en 1975 et 1978 respectivement avec les Cris et les Inuits du Nord du Québec. Les ententes comme telles ne comprennent pas de modalités de règlement extrajudiciaire, mais c'est le cas de la *LCNQ* et des ententes de mise en oeuvre qui ont suivi[104]. La partie XII de la *LCNQ* prévoit la création de la Commission crie-naskapie, qui a pour mandat de mener des enquêtes privées sur les

---

[100] Ellen Zweibel, « Hybrid Processes: Using Evaluation To Build Consensus (Introduction) » dans MacFarlane, *supra* note 97 à la p. 463 [Zweibel].

[101] *Ibid.*

[102] Institute on Governance, *supra* note 90 à la p. 9.

[103] *Loi sur les Cris et les Naskapis du Québec*, L.C. 1984, c. 18 [*LCNQ*].

[104] L. Axon, *L'application des méthodes de règlement extrajudiciaires des différends du ministère des Affaires indiennes et du Nord : inventaire des activités et processus de règlement des différends*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1994 à la p. 40 [Application des MRE].

plaintes portant sur l'application ou la non-application de la CBJNQ, de la CNEQ ou de la *LCNQ*[105]. La Commission, qui constitue une formule hybride, se heurte aux mêmes limitations que la Commission des revendications des Indiens et que les ombudsmans : leurs recommandations ne lient pas les parties.

Certaines ententes de mise en oeuvre prévoient un mécanisme de règlement extrajudiciaire à trois paliers commençant par la consultation, suivie de la médiation puis de l'arbitrage. Une négociation avec médiateur portant sur l'entente de mise en oeuvre conclue entre le Canada et la société Makivik, qui représente les Inuits de la Baie-James et du Nord québécois, en septembre 1990, a suivi cette formule[106].

La gestion des causes en Ontario

Comme nous l'avons vu précédemment, l'évaluation par un tiers peut constituer un volet important des mécanismes de règlement extrajudiciaire; il s'agit souvent d'une sorte de contact avec la réalité pour les parties. La gestion des causes, que l'on appelle aussi évaluation préliminaire ou *early neutral evaluation (ENE)*˙ dans certaines provinces, comporte cet élément. Dans le système de gestion des causes de l'Ontario[107], un juge ou un protonotaire procède à une évaluation objective et non contraignante de la position des parties et de l'issue probable du procès pendant la conférence relative à la cause. Les parties peuvent reconnaître cette évaluation ou non, et elles peuvent aussi s'entendre pendant cette séance à la suite de l'évaluation du juge ou du protonotaire. Le protonotaire ou le juge qui préside la conférence relative à la cause n'est pas nécessairement celui qui présidera le procès ou l'audience qui suivra[108].

En vertu de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario, les protonotaires chargés de la gestion des causes sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil[109]. Pour être admissible, le candidat doit avoir été juge ou membre du Barreau d'une province ou d'un territoire depuis un certain temps prévu par règlement[110]. Sauf quelques exceptions, comme

---

[105] *LCNQ*, *supra* note 103, art. 158-172.

[106] Application of ADR, *supra* note 104.

˙N.d.T. : Évaluation première impartiale [**Traduction du Bureau de la traduction.**]

[107] Les voies procédurales de gestion des causes, actuellement applicables aux demandes et aux actions à Ottawa et pour une partie des affaires judiciaires de Toronto choisies au hasard, sont régies par l'article 77 des *Règles de procédure civile*, R.R.O 1990, règl. 194. Plusieurs exceptions peuvent s'appliquer selon la nature de l'instance, par exemple si les *Règles de gestion des causes en droit de la famille* s'appliquent (art. 77.01(2)(a)), ou s'il s'agit d'actions hypothécaires (77.01(2)(d.1)), entre autres. La gestion des causes et l'instauration d'une voie accélérée réduisant le nombre d'étapes préliminaires à l'audience, ont pour but de réduire la charge de travail des tribunaux en Ontario.

[108] Ontario, *Règles de procédure civile*, art. 77.13(8) [Règles de l'Ontario].

[109] *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43, art. 86.1 [*LTJO*].

[110] *Ibid.*, art. 86.1(2).

les cas de règlement extrajudiciaire, le protonotaire applique les mêmes règles de preuve et de procédure qu' à la Cour provinciale[111].

Dans le cadre de ce processus, les parties doivent participer à une médiation obligatoire[112]. Le demandeur doit respecter un délai précis pour faire connaître au coordonnateur le nom du médiateur qu'il choisit, et une limite de temps est également imposée pour la médiation elle-même, à moins qu'une exception judiciaire ne soit ordonnée. Si le demandeur ne choisit pas de médiateur, c'est le coordonnateur qui en nomme un, à partir d'une liste tenue par le comité local de médiation[113].

Si une partie ne respecte pas les formalités préalables à la séance de médiation ou ne se présente pas à une séance avec son avocat le cas échéant, le coordonnateur dépose un certificat de défaut de se conformer[114]. Ce certificat est renvoyé à un juge ou à un protonotaire chargé de la gestion des causes, et plusieurs conséquences peuvent suivre. Par exemple, le protonotaire peut convoquer une conférence relative à la cause et condamner une partie aux dépens, radier des documents, établir un calendrier de l'instruction de l'affaire, rejeter l'action ou rendre une ordonnance adaptée à la situation[115].

Conformément aux caractéristiques de la médiation vues précédemment, le processus de médiation obligatoire est confidentiel et se déroule « sous toute réserve ». Dans les dix jours suivant la fin de la médiation, le médiateur remet un rapport au coordonnateur et aux parties. Si une entente a été signée, on peut demander un jugement d'homologation de la transaction afin d'en faciliter l'exécution. La cour peut ordonner la poursuite de la médiation, avec le consentement des parties, à tout moment[116]. Si la médiation échoue, l'instance se poursuit, et on tient alors une conférence relative à la cause présidée par un protonotaire ou un juge.

Tous les documents doivent avoir été produits, et l'interrogatoire préalable effectué, au moment de la conférence relative à la cause. Le protonotaire a le temps de prendre connaissance des documents pour faire une analyse de l'objet du litige, des faits en cause et du droit applicable. Chaque partie présente un mémoire avant la conférence. Le protonotaire est en mesure d'évaluer l'issue probable de la demande ou de la poursuite en fonction des forces et des faiblesses de chaque position et en discute avec les parties. Une date est fixée pour le procès soit par le protonotaire, soit par un juge. Si aucune entente n'est conclue à cette étape, le tribunal est saisi de l'affaire et statue sur elle de façon unilatérale.

Quels aspects des systèmes de gestion des causes peuvent s'avérer utiles dans le partage des biens matrimoniaux situés dans une réserve? Pour répondre à cette question, il

---

[111] *Ibid.*, art. 86.1(7)-(8) et 87(2)-(3).

[112] Règles de l'Ontario, *supra* note 108, art. 24.1.01-24.1.17.

[113] *Ibid.*, art. 24.1.07. (Le comité de médiation, dont les membres sont nommés par le Procureur général de l'Ontario et qui comprend des gens ayant divers types d'expérience dans le domaine juridique, des médiateurs, des représentants du grand public et éventuellement un juge, surveille les médiateurs et est saisi des plaintes portées contre eux.)

[114] *Ibid.*, art. 24.1.10(5) et 24.1.12.

[115] *Ibid.*, art. 24.1.13(2).

[116] *Ibid.*, art. 24.1.16.

pourrait être utile de se reporter à certains travaux récents effectués dans le domaine du droit canadien de la famille. En particulier, il a été fait mention du *Special Masters Program* de Californie lors de consultations tenues au Canada au sujet de l'« intérêt de l'enfant » et de la médiation ou de la médiation obligatoire pour le règlement de problèmes de garde et d'accès lors d'un divorce ou d'une rupture[117]. À ce sujet, on a dit [TRADUCTION] qu'« [i]l serait profitable d'évaluer le *Special Masters Program* de la Californie en vue de son application éventuelle au Canada. Un "avocat spécial" est une personne capable de traiter des questions familiales mais qui exerce le droit en dehors du système judiciaire[118]. » Les protonotaires spéciaux de Californie font de la médiation, de l'arbitrage et des évaluations. Le participant doit venir d'un secteur où il n'y a pas de gestion des causes par un protonotaire[119]. Le professeur Zweibel commente une étude portant sur la gestion des causes en Californie, soit les mécanismes d'évaluation première impartiale, dans son chapitre traitant des formules mixtes. Une des différences dont elle fait état entre la méthode ontarienne et la méthode californienne est la suivante : en Californie, la conférence relative à la cause a lieu avant l'interrogatoire préalable. Elle fait observer que par conséquent, les parties n'ont pas nécessairement toute l'information dont elles ont besoin pour prendre des décisions appropriées en vue d'un accord[120]. Cependant, en Ontario, la médiation obligatoire se déroule dans les mêmes circonstances. Dans le mécanisme ontarien, il est possible d'approfondir toutes les questions si les parties y consentent.

Dans leur analyse de l'étude californienne, Rosenberg et Folberg soulignent qu'un des avantages liés à la participation d'un avocat au processus d'évaluation première impartiale réside dans la réévaluation du fond du litige en fonction d'une meilleure compréhension des faits et du droit et d'une clarification de la problématique[121]. Selon les auteurs, les différences observées dans les conditions du règlement amiable s'expliquent par le fait que les parties comprenaient mieux les faits et le droit grâce à l'évaluation première impartiale, [TRADUCTION] « plutôt que par des frustrations ou des pressions externes, comme on pourrait l'observer pour d'autres types de règlements amiables »[122]. Un règlement imposé par un tribunal pourrait provoquer ce genre de réaction. On note cependant un inconvénient du processus de gestion des causes de la Californie relativement aux différences de styles imposés par l'évaluateur pendant les séances, malgré la formation reçue. Par exemple, si l'évaluateur a une formation de médiateur, les séances d'évaluation première impartiale

---

[117] IER Planning, Research and Management Services, « Droits de garde et de visite et pensions alimentaires pour enfants au Canada, Rapport sur les consultations fédérales-provinciales-territoriales » (présenté au Comité fédéral-provincial-territorial du droit de la famille), Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001, à la p. 71, en ligne : Justice Canada http://canada.justice.gc.ca/fr/cons/fpt_cons/toc.html ,.

[118] *Ibid.* [N.d.T : Version française officielle du document. Les traducteurs ont choisi ici de traduire "master" par « avocat ». La terminologie ontarienne, qui parle de « protonotaire », sera préférée ici (Bureau de la traduction).]

[119] Il y a à Toronto les *Règles de gestion des causes en droit de la famille*, Règl. de l'Ont. 704/91, pour la gestion des causes relevant du droit de la famille. On peut profiter d'un service de gestion des causes civiles dans les districts d'Algoma et d'Essex.

[120] Zweibel, *supra* note 100 aux pp. 489-90.

[121] H. Jay Folberg et Joshua D. Rosenberg, « Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis » 46 Stanford L.R. 1486 à la p. 1538, cité dans E. Zweibel, *ibid.* aux pp. 490-91.

[122] *Ibid.* à la p. 491[**Traduction du Bureau de la traduction.**]

ressemblent à des séances de médiation et accordent beaucoup de place à l'interaction entre les parties; si au contraire il s'intéresse davantage à l'interrogatoire préalable, il n'y a presque pas de discussion en vue d'un règlement amiable[123].

Comme dans tout processus de médiation, le style du médiateur est important. Les médiateurs figurant dans les listes locales peuvent avoir des styles différents, ce qui peut se traduire par des résultats différents. Ces différences sont tempérées par la présence du comité de médiation. Le modèle de gestion des causes en Ontario permet que la médiation et la conférence relative à la cause se déroulent séparément. Bien que les protonotaires ne bénéficient pas d'une formation spéciale pour animer les conférences, ils ont un mandat de sept ans[124] qui permet une certaine continuité.

En résumé, nous estimons que les aspects avantageux du système de gestion des causes en Ontario sont les suivants :

- Il fournit un cadre au règlement amiable.
- Il permet une évaluation objective des arguments des parties et des questions de droit.
- Il prévoit une conférence relative à la cause qui permet aux parties de confronter leur vision personnelle à la réalité.
- Il permet une exécution judiciaire de l'entente conclue.

Les inconvénients sont les suivants :

- Il s'agit encore d'un processus judiciaire; par conséquent, si les parties ne s'entendent pas, il y aura procès ou audience pour qu'un juge tranche.
- Il a pour but de réduire les frais mais pourrait augmenter les dépenses des parties si la médiation s'éternise ou si l'affaire aboutit au tribunal.
- L'évaluation du juge ou du protonotaire à la conférence relative à la cause ne lie pas les parties .

Les instances parajudiciaires

L'arbitrage

Les tribunaux administratifs, qui ont fait l'objet d'une section à part entière au début de notre étude, constituent des instances parajudiciaires puisque les personnes qui y participent appliquent la loi, mais elles sont hors de l'appareil judiciaire proprement dit. L'arbitrage est un processus parajudiciaire qui se rapproche davantage du pôle judiciaire dans le continuum des mécanismes de règlement extrajudiciaire. En effet, dans ce cas-ci, le tiers neutre rend une sentence.

On peut recourir à l'arbitrage comme premier moyen de résoudre un conflit ou comme dernier recours après que d'autres formules, comme la négociation ou la médiation, se sont soldées par une impasse. En arbitrage, il n'est plus question de consensus. La sentence

---

[123] Zweibel, *supra* note 100 à la p. 491.

[124] *LTJO*, *supra* note 109, art. 86.1(3).

arbitrale lie les parties. Si le tiers est chargé du règlement de l'ensemble du conflit, celui-ci n'appartient plus aux parties. Par contre, il se peut aussi qu'une partie seulement du litige soit confiée à l'arbitre. Les conflits de travail sont souvent réglés par arbitrage.

Selon la source du droit à l'arbitrage (loi ou compromis informel), les parties peuvent avoir leur mot à dire sur certains aspects comme la sélection de l'arbitre ou des arbitres, les règles de preuve, la procédure (orale ou écrite), les points particuliers à traiter, les règles de procédure (y compris les délais) et les caractéristiques du règlement. La loi provinciale peut imposer des formalités diverses selon l'objet du litige. Le fait de participer à l'instance donne tout de même un certain pouvoir aux parties.

Un des avantages de l'arbitrage réside dans le fait que les parties sont traitées sur un pied d'égalité, si l'on fait abstraction du problème des ressources dont dispose chacun pour préparer son argumentation écrite et sa plaidoirie orale. Le processus est privé. Les tribunaux verront à l'exécution de la sentence arbitrale sauf en cas d'erreur ou d'appel, ce qui se compare à la situation d'un tribunal administratif et confère une certaine aura à la décision, laquelle invite la retenue judiciaire. Une sentence arbitrale peut aussi être sans appel. Enfin, l'arbitrage est aussi avantageux du point de vue des coûts et des délais, quoique l'on fasse parfois remarquer que les arbitrages sont de plus en plus longs et onéreux[125].

L'inconvénient de l'arbitrage, comme nous l'avons déjà indiqué, c'est que l'arbitre rend sa sentence selon le droit sans tenir compte des points sur lesquels les parties pourraient s'entendre. On arrive donc à un résultat qui s'apparente beaucoup à une décision judiciaire puisque les deux parties s'opposent et ne peuvent que gagner ou perdre. L'arbitre n'est pas tenu de motiver sa décision[126].

Canada

Le Treaty Four Governance Institute

Le *Treaty Four Governance Institute* s'inscrit dans une démarche collective des onze premières nations visées par le Traité n° 4 en Saskatchewan. Il fait partie du modèle de gouvernance du Traité n° 4 qui favorise l'autodétermination, l'autonomie gouvernementale et le développement des capacités de gouvernance. Le collectif se fonde sur la proclamation et sur la convention du Traité n° 4. L'institut est chargé d'élaborer des modèles de constitutions, de lois et de politiques structurelles pour les premières nations en offrant des services consultatifs professionnels, en coordonnant des projets spéciaux de gouvernance et en fournissant des services de formation en gouvernance[127]. L'institut est voué à l'accessibilité de la justice pour les premières nations et s'intéresse aux façons d'exercer le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale.

Dans la communication qu'il a présentée au Congrès 2002 du CTAC, Daniel Bellegarde, coordonnateur principal de la gouvernance au *Treaty Four Governance Institute,* a indiqué que pour faire justice aux premières nations, il faut recourir aux mécanismes extrajudiciaires.

---

[125] J.W. Hamilton, « Adjudicative Processes » dans MacFarlane, *supra* note 97, 523 à la p. 533.

[126] *Ibid.* à la p. 534.

[127] D.J. Bellegarde, « Treaty Four Governance Institute, The Treaty Four Justice System: Alternative Dispute Resolution Projects », communication présentée au 18e Congrès annuel du CTAC, Ottawa, 4 juin 2002, [non publié] à la p. 6.

Selon lui, le problème réside dans le fait que les peuples des premières nations ne font pas confiance au système judiciaire canadien; or, la confiance est un aspect fondamental de l'accessibilité et de la participation à un processus juste, ouvert et transparent[128]. Pour répondre aux besoins des onze premières nations du Traité n° 4, l'institut recourt en priorité à la médiation, puis aux mécanismes parajudiciaires dans un deuxième temps, dans le respect de la tradition d'édification de la paix des premières nations. C'est le Droit des premières nations qui est pris pour point de départ ou base de règlement des litiges.

L'objet du *Treaty Four Administrative Tribunal* est de [TRADUCTION] « régler les litiges concernant l'application du droit des premières nations dans le territoire visé par le Traité n° 4 »[129]. La formation saisie est constituée par des personnes provenant du territoire visé par le Traité. L'institut a pour mandat de former les membres des formations, ce qui demande deux ans. Le tribunal a été créé pour répondre aux besoins suivants de la collectivité :

- Les appels internes étaient perçus comme entachés de parti pris et d'inefficacité.
- Les systèmes externes sont trop distants et inefficaces.
- Le règlement des litiges constitue un élément indispensable du développement de la gouvernance.
- On souhaitait introduire les pratiques et les principes « traditionnels » dans le règlement des différends.
- On voulait améliorer la qualité de vie (en réglant les différends)[130].

Pour entendre un appel, le tribunal suit une démarche en cinq temps : détermination de la compétence, et d'applicabilité du Traité n° 4, procédure préalable à l'audience, audience, rédaction de la décision et suivi de la décision[131].

Les avocats représentant l'appelant et l'intimé peuvent assister à l'audience mais non y participer. La présidence du tribunal dirige les débats. Chaque partie présente une déclaration liminaire, on fait une étude point par point de l'appel, et les membres de la formation peuvent poser des questions. L'appelant doit prouver le bien-fondé de l'appel. La partie la plus intimidante d'un procès, le contre-interrogatoire, est limitée pendant l'audience. On peut citer comme exemple de décision du tribunal l'affaire de la contestation des élections de la bande des Cowessess, qui faisait état de 15 irrégularités[132]. Le litige a été résolu en six semaines, alors qu'il aurait pu s'étirer deux ans si on s'était adressé à AINC et à la justice[133].

Les mécanismes employés par le *Treaty Four Governance Institute* pour résoudre les litiges entre les onze premières nations sont axés sur la collectivité et dirigés par elle. Les premières nations peuvent avoir une influence directe sur le mandat et sur la structure de

---

[128] *Ibid.* [communication verbale].

[129] *Ibid.* à la p. 14. **[Traduction du Bureau de la traduction.]]**

[130] *Ibid.* à la p. 22.

[131] *Ibid.* à la p. 16.

[132] *Ibid.* à la p. 23.

[133] *Ibid.*

l'institut, y compris le tribunal. Selon M. Bellegarde : [TRADUCTION] « la clé de la justice se trouve dans l'accessibilité, dans l'efficacité, dans l'efficience et dans l'impartialité du système »[134].

Le processus donne du pouvoir aux collectivités des premières nations en cause. En effet, les premières nations se plaignent souvent du fait qu'on leur impose des règles et des voies procédurales qui leur sont étrangères. L'institut et le tribunal proposent des conditions nouvelles en créant des mécanismes d'autodétermination. Il n'a pas été question des mesures d'exécution. Dès que l'on accepte de participer au processus, on consent à se plier à la décision du tribunal.

En résumé, nous estimons que les aspects avantageux du *Treaty Four Governance Institute* et du tribunal qui s'y rattache sont les suivants :

- Ils proposent un système de règlement par paliers.
- Le tribunal peut recommander le recours à un mode de règlement extrajudiciaire dans sa décision, contraignante par ailleurs.
- Ils se basent sur le Droit des premières nations.
- Ils sont mandatés, et leur structure est déterminée, par les premières nations collectivement.
- Les coûts pour les parties au litige sont réduits.
- La formation professionnelle est fournie aux membres du tribunal qui proviennent des collectivités visées par le Traité n° 4.
- Le processus évite les décisions unilatérales imposées de l'extérieur.
- Ils proposent une solution de rechange au système judiciaire canadien.

Les inconvénients du *Treaty Four Governance Institute* sont les suivants :

- La compétence de ce tribunal administratif est limitée; il doit s'en tenir à la législation des premières nations, ne peut condamner ni aux dépens ni à des dommages-intérêts, et il n'est pas compétent en matière criminelle.
- Sa bonne marche dépend de l'accord collectif des premières nations, laquelle est difficile à obtenir à grande échelle en raison des conflits de cultures et de traditions.
- Bien que les frais soient moins élevés que pour un tribunal judiciaire, ils peuvent toujours s'avérer prohibitifs pour un particulier.

---

[134] *Ibid.* [communication verbale]. **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

Police et possession exclusive de la résidence familiale

La police relève normalement des provinces mais, le gouvernement fédéral étant responsable des « Indiens et [des] terres réservées pour les Indiens », elle est du ressort fédéral dans les réserves[135]. Le ministère du Solliciteur général du Canada est responsable de la politique sur la police des premières nations[136] depuis 1992; la Division de la police des Autochtones est chargée de l'administration et de la mise en oeuvre de cette politique. Le Solliciteur général, de concert avec les collectivités des premières nations ou avec leurs instances régionales, ainsi qu'avec les provinces et les territoires, conclut des ententes triparties sur les services de police. Il en résulte que les services sont le plus souvent assurés dans les réserves par le Service de police socio-préventive des premières nations et de la GRC ou par des forces policières créées par la première nation, bien qu'il existe d'autres formules mettant à contribution les forces de police provinciales ou municipales.

Intervention en cas de violence domestique

La ligne de conduite des polices des premières nations en cas de violence familiale s'inspire de celle de la province où se trouve la collectivité. Par conséquent, elle peut varier d'une province, d'une territoire, à l'autre. En Ontario, le modèle d'intervention en cas de violence familiale de la Division des services internes de police comporte les quatre volets suivants :

- violence domestique,
- crimes violents et crimes commis pendant la libération provisoire,
- harcèlement criminel,
- prévention ou intervention en cas d'utilisation d'arme à feu.

La GRC suit une forme modifiée des lignes de conduite provinciales mais ne dispose d'aucune ligne de conduite écrite au sujet des interventions en cas de violence domestique dans une réserve. Le modèle ontarien décrit une marche à suivre précise pour les policiers. Voici un sommaire des mesures à prendre pour éloigner la personne violente et laisser les autres membres de la famille rester dans la résidence sur la réserve :

1. La police répond à une plainte de violence. Elle répond à des appels dénonçant des menaces proférées par une personne connue pour être violente, pour avoir enfreint les conditions d'une libération conditionnelle, etc.
2. La police fait enquête. Elle interroge les premiers intéressés ainsi que les témoins. Les policiers s'assurent qu'on s'occupe des enfants et que ceux-ci sont en sûreté pendant l'enquête et les interrogatoires.
3. Après l'enquête, si la police est convaincue qu'il y a eu voie de faits ou infraction au *Code criminel du Canada*[137], elle inculpe.
4. Lorsqu'il y a inculpation, la police peut intervenir pour la sécurité des autres membres de la famille en demandant au juge de paix une ordonnance de

---

[135] *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 91(24), reprise dans L.R.C.1985, ann. II, N° 5.

[136] *Politique sur la police des premières nations*, en ligne : Solliciteur général du Canada, <http://www.sgc.gc.ca/publications/abor_policing/fnpp_handbook_f.pdf>.

[137] *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

restriction (engagement) interdisant au prévenu d'avoir tout contact avec la personne qui vit dans la résidence et de s'approcher à moins de 100 pieds de cette personne ou de la résidence.

5. La police peut appliquer l'ordonnance du juge de paix puisqu'il s'agit d'une ordonnance judiciaire.
6. Après jugement, l'engagement n'est plus valide. La police, de concert avec d'autres prestataires de services de la réserve, comme les services sociaux et les organismes de bien-être, peut formuler des recommandations au sujet du lieu de résidence. La décision appartient en définitive au conseil de bande. Le tribunal ne se prononce pas sur le lieu de résidence[138].

L'ordonnance du juge de paix n'est qu'une solution temporaire. Ce n'est pas une ordonnance permanente de possession exclusive.

Le gendarme Wes Heron de la GRC nous a indiqué qu'on pourrait peut-être résoudre le problème actuel du caractère non applicable de la loi provinciale au partage des biens matrimoniaux dans les réserves en recourant à une combinaison des ententes tripartites et des règlements de bandes[139]. Pour étayer sa proposition, il a cité en exemple la première nation de Lexus Island, à l'île-du-Prince-Édouard, en ce qui concerne la protection des enfants. L'entente tripartite inclut les dispositions des lois de protection de l'enfance applicables dans la réserve. Pour pouvoir aider les autorités provinciales à prendre en charge un enfant dans une réserve, la GRC doit d'abord recevoir par télécopie l'autorisation du travailleur social de la bande en fonction dans la réserve. C'est donc à ce dernier que l'entente tripartite délègue le droit d'autoriser la prise en charge. Sans l'entente, il faudrait que l'autorisation vienne du chef et du conseil[140]. L'auteure n'est pas convaincue, sur le plan juridique, que la combinaison d'une entente tripartite et des règlements de la bande fonctionnerait en ce qui concerne la possession exclusive d'une résidence dans une réserve. Par ailleurs, ce ne sont pas toutes les premières nations qui ont des ententes de police.

L'agent John Syrette, du service de police d'Anishinabek, nous a décrit la difficulté d'engager des poursuites en vertu des règlements d'une bande. Il a expliqué que les premières nations demandent que leurs règlements soient appliqués par les services de police, mais qu'on ne peut poursuivre nulle part les contrevenants. Il a ajouté qu'on n'éprouve aucun problème à faire payer les contraventions au code de la route, mais que les infractions aux règlements posent un problème. La Cour provinciale ne veut pas se charger de l'exécution; les avocats du ministère public semblent ignorer ou mal savoir comment s'y prendre pour poursuivre le délinquant. Le service de police d'Anishinabek a demandé à la Cour provinciale de fixer une date précise chaque mois pour l'audition des cas d'infraction aux

---

[138] Entrevue réalisée par l'auteure auprès de D. Gray, agent de la GRC (20 juillet 2002, à l'administration centrale de la GRC, Ottawa) [Gray] et entrevue réalisée par l'auteure auprès de W. Heron, gendarme de la GRC (15 août 2002, à l'administration centrale de la GRC, Ottawa) [Heron].

[139] Heron, *ibid.*

[140] Heron, *ibid.*

règlements des premières nations, mais selon ce qui nous a été rapporté, le problème n'est toujours pas réglé[141].

Il y a lieu de croire qu'on éprouverait le même genre de problème pour l'exécution d'un règlement sur le partage des biens matrimoniaux situés sur une réserve à moins que les pouvoirs et la procédure de poursuite soient clairement établis.

Rôle de la police autochtone dans l'application des règlements extrajudiciaires

Les règlements issus des processus extrajudiciaires décrits précédemment ont principalement pour but de permettre aux parties d'éviter les instances institutionnelles, dont les tribunaux. Cependant, la police ne peut rien faire pour forcer le respect d'une entente ou d'une résolution extrajudiciaire sans ordonnance judiciaire[142]. Dès lors que l'on fait appel à la police pour faire appliquer une entente, on rentre dans le judiciaire et, par conséquent, on sort du domaine de l'extrajudiciaire[143].

La justice réparatrice

Les initiatives de justice réparatrice, tels que les cercles de détermination de la peine, permettent la suspension des poursuites pénales pendant que l'accusé se soumet à une procédure extrajudiciaire reconnue. Il serait hors de notre propos de décrire en détail la nature et les modalités d'application de la justice réparatrice, mais pour nos besoins, précisons ici que le principal objectif de cette pratique, en droit pénal, consiste à réparer la faute sans incarcération. Si la démarche réussit, on laisse tomber les accusations. Si l'accusé ne se conforme pas, le tribunal le remet en accusation et la procédure reprend.

Justice Canada a lancé la Stratégie de justice autochtone (SJA) il y a environ cinq ans. Cette stratégie a notamment pour objectif d'aider les collectivités autochtones à prendre en charge davantage l'administration de la justice, de réduire la criminalité et les taux d'incarcération dans les collectivités autochtones grâce à des programmes de justice et de favoriser l'amélioration du système de justice en fonction des besoins des Autochtones. On compte actuellement 90 initiatives autochtones menées en partenariat dans 280 collectivités dans le cadre de cette stratégie. La collectivité peut opter pour quatre modèles de programme : « déjudiciarisation et peines alternatives; cercles communautaires de détermination de la peine et rétablissement de la paix; médiation et arbitrage dans les cas de droit familial et de droit civil; tribunaux de juge de paix et cours tribales »[144].

La Stratégie est liée au Réseau d'apprentissage de la justice applicable aux Autochtones (RAJAA), réseau de bénévoles formés pour animer divers programmes communautaires. Ces bénévoles sont par exemple des membres de la collectivité, des avocats, du personnel des services de justice, des juges, des agents de police ou des agents correctionnels; leur formation les prépare à animer des programmes communautaires tels que les cercles de

---

[141] Entrevue effectuée par l'auteur auprès de J. Syrette, agent du service de police d'Anishnabek (9 septembre 2002, Garden River, Ontario).

[142] *Ibid.*

[143] *Ibid.*

[144] « Stratégie de justice autochtone », en ligne : Justice Canada <http://canada.justice.gc.ca/fr/ps/ajln/strat.html>.

détermination de la peine, les cercles de maintien de la paix, les comités de justice communautaire, les programmes de déjudiciarisation et les conseil des aînés, entre autres.

Les Services de police autochtones de la GRC font partie des partenaires du RAJAA qui contribuent à la formation des animateurs bénévoles pour leur Programme de justice communautaire[145]. La « carte d'apprentissage » des forums de justice communautaire (FJC) comporte les trois volets suivants :

1. Approche traditionnelle et approche réparatrice : Ce premier volet, exprimé par des mots-clés du FJC, décrit les approches traditionnelles et les approches réparatrices de la justice.
2. Processus des FJC : Ce second volet illustre le processus des forums de justice communautaire (FJC).
3. Théorie des forums de justice communautaire : Le dernier cercle intérieur de la carte d'apprentissage représente la théorie sociologique et psychologique sous-jacente aux FJC[146].

Le but de la formation est d'amener les bénévoles à discuter des questions faisant partie des volets.

Cheryl Joyce, formatrice à la GRC, a visité de nombreuses collectivités autochtones. Elle nous a indiqué que certaines collectivités ont réussi à mettre sur pied un programme de justice communautaire et des comités de justice ainsi qu'à nommer des coordonnateurs; cependant, à ce jour, aucune évaluation de ces collectivités ni de leur taux de succès n'a été effectuée[147].

Les tribunaux autochtones au Canada

Le thème du congrès du printemps 2002 de l'*Indigenous Bar Association*[*] était « *Specialized Tribunals and First Nations Legal Institutions* »[**]. Selon une des communications, le Canada aurait besoin notamment d'un tribunal des droits des ancestraux et des droits issus des traités. Ce tribunal s'occuperait des droits issus des traités et de [TRADUCTION] « la réglementation de la relation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones dans le cadre et hors du cadre de la négociation des traités »[148]. Universitaires et associations autochtones réclament déjà un troisième système judiciaire pour

---

[145] Le Programme de justice communautaire comprend les conférences familiales de groupe et les modèles de médiation entre la victime et le délinquant.

[146] GRC, Direction des services de police communautaire, contractuels et autochtones, *Forum de justice communautaire - Guide de l'animateur - Les affiches éducatives de la GRC*, Ottawa, GRC, 2002 à la p. 2, en ligne : GRC <http://www.rcmp-grc.gc.ca/pdfs/fcjf.pdf>.

[147] C. Joyce, école des cadets de la GRC, Regina, communication verbale, 10 septembre 2002.

[*] N.d.T. : L'association des avocats autochones.

[**] N.d.T. : Les tribunaux spécialisés et les institutions juridiques des premières nations.

[148] A. Peeling et M. Stevenson, « The Creation of An Aboriginal and Treaty Rights Court » (communication présentée au congrès du printemps de l'IBA, « Specialized Tribunals and First Nations Legal Institutions », 29-31 mai 2002) [non publié]. **[Traduction du Bureau de la traduction.]**

les Autochtones du Canada, afin de régler le problème de la surreprésentation des Autochtones devant la justice pénale. Dans sa communication au congrès du printemps, James (Sakej) Youngblood Henderson a invoqué la suprématie constitutionnelle des peuples autochtones au Canada et la théorie judiciaire de la convergence des droits et des pouvoirs pour défendre l'institution d'un procureur général autochtone qui serait chargé de protéger les droits ancestraux et les droits issus des traités[149].

Dans le numéro de juin-juillet 2002 du *National*, journal de l'Association du barreau canadien, on trouve une description de trois tribunaux canadiens réservés aux Autochtones. L'article, signé par Amy Jo Ehman sous le titre *A People's Justice*, traite brièvement de la *Saskatchewan Cree Court*, du programme *Peacemaking* de la nation Tsuu T'ina près de Calgary (Alberta) et de la *Gladue (Aboriginal Persons) Court* à Toronto, en Ontario[150]. On peut lire, en exergue des articles : [TRADUCTION] « Trois nouveaux tribunaux autochtones trouvent des solutions originales au vieux problème de la justice pour les Canadiens autochtones. » Nous résumons dans les lignes qui suivent les initiatives telles qu'elles sont décrites dans ces articles.

La *Saskatchewan Cree Court*

La *Saskatchewan Cree Court*, fondée en octobre 2001, est la première Cour provinciale de langue crie au Canada[151]. Le juge Gerald Morin, l'avocat de la Couronne Don Bird et l'équipe du tribunal cri ont leur bureau à Prince Albert, mais tiennent des audiences dans trois collectivités du nord de la Saskatchewan[152]. Le cri et l'anglais sont les deux langues du tribunal, et celui-ci fournit les traducteurs. Le juge s'intéresse au comportement du délinquant au-delà de l'infraction et tente de remédier à la situation sans recourir à l'incarcération. De fait, l'emprisonnement est rare : on fait plutôt appel à des programmes extrajudiciaires qui favorisent la réconciliation et la réparation des fautes dans la collectivité.

Le programme *Peacemaking* de la nation Tsuu T'ina

Le programme *Peacemaking* de la nation Tsuu T'ina, lancé en octobre 2000, est une initiative de justice traditionnelle dans laquelle la cour provinciale de l'Alberta collabore avec un « pacificateur ». La décision de renvoyer une affaire au programme relève du coordonnateur du programme et de l'avocat de la Couronne. Les aînés de la collectivité ont décrété que les cas d'homicide et d'agression sexuelle n'étaient pas admissibles. De plus, l'accusé doit admettre sa responsabilité, et la victime doit accepter de participer, à ce tribunal qui a l'ovale pour forme[153].

Le tribunal est présidé par le juge Tony Mandamin. Les audiences débutent par une

---

[149] J.(S.)Y. Henderson, « Aboriginal Attorney General », communication présentée au congrès du printemps de l'IBA Spring, « Specialized Tribunals and First Nations Legal Institutions », 29-31 mai 2002 [non publié].

[150] A.J. Ehman, « A People's Justice » *National* [Association du Barreau canadien] 11:4 (juin-juillet 2002) 12. [N.d.T. : Le journal n'a publié dans sa version française du même numéro qu'un abrégé de l'article, sous le titre « Adaptations nécessaires ».Aussi **les traductions des citations sont du Bureau de la traduction.**]

[151] *Ibid.* à la p. 12 [N.d.T.: La cour crie de Saskatchewan.]

[152] *Ibid.* aux pp. 12-13.

[153] *Ibid.* à la p. 15.

séance de purification et se tiennent deux fois par mois dans les chambres du conseil des Tsuu T'ina. Si un prévenu est choisi pour le programme, son affaire est ajournée par le tribunal et un pacificateur spécialement formé organise et anime un cercle qui comprend [TRADUCTION] « des membres de la collectivité, des aînés, des personnes-ressources, l'accusé et la victime »[154]. Encore une fois, la démarche vise la restitution et la réconciliation au sein de la collectivité. Le cercle décide quelle forme prendront la réconciliation et la restitution, par exemple traitement de désintoxication ou service communautaire. À la fin du processus de pacification, le prévenu recomparaît devant la Cour provinciale pour connaître le dénouement de sa cause, par exemple l'abandon des poursuites ou la prise d'un engagement de ne pas troubler l'ordre public afin d'éviter la récidive. En fait, la démarche prend plus de temps que la procédure pénale régulière, ce qui fait que les dossiers demeurent ouverts plus longtemps[155].

La *Gladue (Aboriginal Persons) Court*

Créée en octobre 2001, la *Gladue (Aboriginal Persons) Court*, pour les Autochtones du centre de Toronto accusés d'une infraction criminelle, siège un jour et demi par semaine au tribunal de l'Ancien hôtel de ville[156]. Après avoir parlé à l'accusé, à ses connaissances et aux responsables des services sociaux, Jonathan Rudin et Mandy Eason, des *Aboriginal Legal Services* de Toronto, font état au tribunal de l'histoire de la vie du prévenu, afin que la peine soit déterminée en connaissance de cause[157]. Sans que la peine soit nécessairement plus courte, on peut éviter l'incarcération en recourant, comme dans le cadre du programme *Peacemaking*, à un traitement de désintoxication obligatoire et à des séances de consultation psychosociale. La participation du prévenu est volontaire. Malheureusement, comme il n'y a pas de cellules pour les femmes, celles-ci

sont détenues dans des tribunaux ordinaires ailleurs[158]. En théorie, cette façon de régler les inculpations au criminel d'Autochtones devrait fonctionner dans d'autres milieux; cependant, l'auteur de l'article fait remarquer que Toronto a l'avantage de pouvoir profiter de services sociaux autochtones, ce qui n'est pas nécessairement le cas dans les localités plus modestes[159].

Conclusion

Les mécanismes de résolution des conflits offerts par les tribunaux administratifs, la fonction d'ombudsman et les modes de règlement extrajudiciaire décrits dans le présent texte comportent diverses caractéristiques dont on pourrait s'inspirer pour régler le problème du partage des biens immobiliers matrimoniaux situés sur une réserve au moment d'une rupture conjugale. L'efficacité de la solution retenue est intimement liée à l'attention qui sera accordée aux différences culturelles et aux traditions des premières nations.

---

[154] *Ibid.*

[155] *Ibid.* à la p. 16.

[156] *Ibid.* [N.d.T. : La Cour Gladue (des Autochtones).]

[157] *Ibid.*

[158] *Ibid.*

[159] *Ibid.*